الأحوال الشخصية
في
الشريعة الإسلامية
فقهاً وقضاءً
« الزواج »

تأليف

الدكتور عبد العزيز عامر

المستشار بمحكمة استئناف القاهرة
والأستاذ بجامعة قاريونس بليبيا سابقا
والأستاذ بجامعة أم القرى بمكة المكرمة
بالمملكة العربية السعودية

الطبعة الأولى

١٤٠٤ هـ . ـ ١٩٨٤ م .

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا الكتاب تكلمت فيه عن :

١ ـ تعريف الزواج وحكمته ووصفه الشرعى ، وعن الخطبة ، وأركان عقد الزواج وشروطه ، والمحرمات من النساء ، والولاية والوكالة في الزواج ، وعن الكفاءة في الزواج ، وعن أحكام هذا العقد ٠

٢ ـ وفي إنهاء الزواج تكلمت عن أحكام الطلاق ، وشمل الكلام : تعريف الطلاق ووصفه ، وطلاق السنة وطلاق البدعة ، الخلع ، والطلاق بحكم القاضي ، والعدة ٠

وقد التزمت في التأليف بأمور أهمها :

١ ـ بيان أحكام أهم مذاهب الفقه الإسلامى في موضوعات الكتاب وذلك في غير ايجاز مخل ولا تطويل ممل ٠

٢ ـ بيان أحكام القضاء في أهم الموضوعات مما يعطى للدراسة طابعا عمليا بجانب البحث النظرى وآمل أن يعم بذلك النفع لرجال القضاء وكل مشتغل بالفقه الإسلامى ٠

٣ ـ تعرضت لبعض التقنينات العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية هذا ؛ والله تعالى أسأل أن يهدينى سواء السبيل وأن ينفعنى بما كتبت وينفع به ، إنه سميع مجيب الدعاء ، والله يقول الحق ، وهو يهدى السبيل ،،

رمضان المبارك سنة ١٤٠٤ هـ ٠ — المؤلف

يونيه سنة ١٩٨٤ م ٠ — عبد العزيز عامر

من الانتــاج العلمى للمؤلف

أولا : المؤلفــات

١ ـ التعزير في الشريعة الإسلامية : طبعة أولى سنة ١٩٥٥ م ٠ طبعة ثانية ، طبعة ثالثة ، طبعة رابعة مزيدة ، طبعة خامسة سنة ١٣٩٦ هـ ٠ ـ سنة ١٩٧٦ م ـ طبعة سادسة سنة ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤ م ٠

٢ ـ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، فقها وقضاء (النسب ـ الرضاع ـ الحضانة ـ نفقة الأقارب) ، الطبعة الأولى ، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٦ هـ ٠ ـ سنة ١٩٧٦ م ـ الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٧٤ م ٠

٣ ـ أحكام الموجبات (الالتزامات) في القانون المدنى اللبنانى ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦١ م ٠

٤ ـ عقد البيع ، في القانون المدنى اللبنانى ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م ٠

٥ ـ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية : (الزواج ـ حقوق الأولاد) ، طبعة جامعة بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م ٠

٦ ـ عقد البيع ، في القانون المدنى المصرى ، طبعة سنة ١٣٨٧ هـ ٠ سنة ١٩٦٧ م ٠ ، طبعة ثانية بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٦ م ٠

٧ ـ حق الملكية ، في القانون المدنى المصرى ٠ طبعة سنة ١٣٨٧ هـ ٠ ـ سنة ١٩٦٧ م ٠ ، طبعة ثانية بدار النهضة العربية بالقاهرة سنة ١٩٧٦ م ٠

٨ ـ من الفقه الجنائى الإسلامى المقارن ٠ طبعة قسم الدراسات العليا (الدكتوراة) بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر سنة ١٣٨٧ هـ ٠ ـ سنة ١٩٦٧ م ٠

٩ ـ المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقة الإسلامى ، نظرية القانون ، طبعة الجامعة الإسلامية بليبيا سنة ١٩٦٩ م ٠ ، والطبعة الثانية لجامعة قار يونس بليبيا سنة ١٩٧٧ م ٠

١٠ ـ المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامى ، نظرية الحق ، طبعة جامعة قار يونس بليبيا ، كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية سنة ١٩٧٧ م ٠

١١ ـ مذكرات في القانون الدولى الخاص مقارنا بالشريعة الإسلامية ، طبعة كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بليبيا سنة ١٣٨٩ هـ ٠ سنة ١٩٦٩ م ٠

١٢ ـ شرح الأحكام العامة للجريمة ، في القانون الجنائى الليبى ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، منشورات جامعة بنغازى بالجمهورية العربية الليبية ، سنة ١٣٩٥ هـ ٠ ـ سنة ١٩٧٥ م ٠

١٣ ـ شرح قانون المرافعات الليبى ، طبع دار غريب للطباعة بالقاهرة ، سنة ١٣٩٦ هـ ٠ ـ سنة ١٩٧٦ م ٠

ثانيا : البحوث

١٤ ـ خواطر حول قانون الأسرة في الإسلام ، الموسم الثقافي الثانى بجامعة بيروت العربية سنة ١٩٦٢ م ٠

١٥ ـ الشريعة الاسلامية كمصدر من مصادر التشريع في الجمهورية العربية المتحدة ، برنامج تدريب القضاة الصوماليين في وزارة العدل المصرية سنة ١٣٨٦ هـ ٠ سنة ١٩٦٦ م ٠

١٦ ـ حقوق الابن ، منشور في موسوعة الفقه الاسلامى الصادرة عن معهد الدراسات الاسلامية بالقاهرة ٠

١٧ ـ مدى تأثر القوانين المطبقة حاليا في الجمهورية العربية الليبية بالشريعة الإسلامية ، مقدم في ندوة التشريع الإسلامى التى أقامتها كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية بالجامعة الليبية سنة ١٩٧٢ م .

١٨ ـ نظام التعزير في الشريعة الإسلامية وصلاحيته للتطبيق ، مقدم في ندوة التشريع الإسلامى التى أقامتها كلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية بالجامعة الليبية سنة ١٩٧٢ م .

١٩ ـ أحكام حد السرقة في القانون رقم ١٤٨ لسنة ١٣٩٢ هـ ـ سنة ١٩٧٢ م . بالجمهورية العربية الليبية . منشور في المجلة الحولية لكلية اللغة العربية والدراسات الإسلامية ، بجامعة بنغازى ، العدد الأول سنة ١٩٧٣ م .

٢٠ ـ أثر تطبيق الحدود الشرعية في تحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع . وهو مقدم في مؤتمر الفقه الإسلامى الذى انعقد بالرياض ، بجامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية ، في ذى القعدة سنة ١٣٩٦ هـ .

الباب الأول

الزواج

الفصل الأول

تعريفه وحكمته ووصفه الشرعي

المبحث الأول

تعريفه

١ ـ (الزواج) في اللغة (الاقتران) ، فهو اقتران احد الشيئين بالآخر وارتباطهما بعد ان كان كل منهما منفصلا عن الاخر . ومنه قوله تعالى : « وزوجناهم بحورعين »[١] فمعناه : قرناهم بهن .

ثم ذاع استعمال كلمة : (الزواج) في اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام لتكوين المنزل والأسرة بحيث اذا اطلق (الزواج) لا يقصد منه الا هذا المعنى[٢] .

والزواج شرعا يعرفه بعض الفقهاء بانه عقد يفيد حل استماع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع[٣] .

---

(١) سورة الدخان ، آية رقم ٥٤ .

(٢) إحكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، تاليف عمر عبدالله، الطبعة الاولى سنة ١٩٥٦ ، ص ١٦ .

(٣) عرفه صاحب الكنز بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصدا ، وعرفه في تنوير الأبصار بانه عقد يفيد ملك المتعة قصدا (راجع : تنوير الابصار ، على هامش حاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ـ الاحوال الشخصية قسم الزواج للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٦ ـ أحكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسي طبعة سنة ١٣٧٨ هـ ، ١٩٥٨ م ص ٣٧

وكذلك عمر عبد الله وفيه انه يطلق على هذا العقد ايضا لفظ (النكاح) فمد لولهما واحد) ـ ص ١٦ .

المبحث الثـانى

حكمتـــه

٢ ـ لا يتبادرن الى الذهن من تعريف الزواج شرعا انه قاصر على قضاء الوطر الجنسي بل ان له من الأغراض ما يسمو على هذا الغرض :

١) فالزواج رابطة روحية مقدسة به يسـكن كل من الزوجين الى الآخر فتكون بينهما المودة والرحمة ، وتسمو العلاقة بينهما عن مجرد علاقة حيوانية مبناها الشـهوة البهيمية فقط ، وهذا ظاهر في قوله تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسـكنوا اليها ، وجعل بينكم مودة ورحمـة ، ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »(١) وهذا السكون موجد للتمازج النفسي الذى عناه المولى جل وعلا في قوله : « هن لباس لكم وانتم لباس لهن » .

٢) وبالزواج تتكون الأسرة ، والأسرة هى الوحدة الأولى التى يتكون منها المجتمع ، فما المجتمع الا مجموع أسر . وفي هذه الأسرة يتربى الفرد وتنمو فيه شتى الملكات التى توجهه في سلوكه الاجتماعى .

٣) وما من شك في ان الزواج هو طريق الانسـال المنظم ، فبه يكثـر النسل فيعمر الكون ويحفظ النوع الانسانى على أحسن وجه واتمه . وقد حث النبى ﷺ على طلب النسل بالزواج . فعن معقل بن يسـار ان رجلا جـاء الى النبى ﷺ فقال : « انى اصبت امرأة ذات حسن وجمال وحسب ومنصب ومال ، وانها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فقـال : لا ، ثم اتاه الثانية ، فنهـاه ثم اتاه الثالثة ، فقال : « تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم » . رواه أبو داود والنسائى(٢) .

---

(١) سورة الروم ، آية رقم ٢١ .

(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٤٣ ـ محمد يوسف موسى ص ٣٩ ـ محمد أبو زهرة ص ١٨ ، ١٩ .

ولا يمكن بحال ان يحصل حفظ النوع الانســانى على الوجه السليم بغير الزواج ، فالنسل بغير الزواج لا يحيى حياة انسانية رفيعة تتفق مــع الانســانية الحقة وتبتعد عن مجرد البهيمية ، وفضلا عن ذلك فالولد في ظل الأسرة غيره من غير أسرة ترعاه وتحفظ عليه كرامته وانسانيته وتربى فيــه ما يرفعه الى مدارج الـكمال الانســانى بعيدا عن حضيض الحيوانية ٠

٤) والزواج راحة للطرفين : فالمرأة تجــد فيه تأمينا لرزقهــا فتتفرغ لبيتهــا وأولادها وسعادة زوجها فتنتج للمجتمع ما يحيــله الى مجتمع ترفرف عليه السـعادة والهناءة ٠ والرجل يستريح بالزواج فيســعى في الأرض لجلب الرزق الحــلال لأهله وهو موقن ان لديه واحة خضراء وارفة الظـلال سيأوى اليهــا في هجير الحيــاة ، ويكون له في ذلك السكون والراحة التى تؤهله لمزيد من الجهــاد في سبيل حفظ نفسه وأهله وتعمير الكون ٠ وليست متاعب الحياة الزوجية وتكاليفها بالنســبة للزوجين الا ضريبة الانسانية الرفيعة وتكاليفها التى لا يكون بدونها تدرج نحــو الكمال الانسانى ٠

٣ ـ ولهذه المعانى السابقة وغيرها حض الاسلام على الزواج ورغب فيه ، ودعا اليه الشباب :

فالقرآن الكريم حض على الزواج وبين مقاصـــده الرفيعة ٠ يقــول الله تعالى : « ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ، وجعــل بينكم مودة ورحمة ، ان في ذلك لآيات لقوم يتفكرون »[1] وقال جل شأنه : « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ، ورزقكم من الطيبات ، افبالباطل يؤمنون ، وبنعمة الله هم يكفرون »[2] ٠

والرسول عليه الصلاة والسلام حض على الزواج كذلك :

---

(١) سورة الروم ، آية رقم ٢١ ٠

(٢) سورة النحل ، آية رقم ٧٢ ٠

فعن ابن مسعود ان الرسول ﷺ قال : « يا معشر الشباب ، من استطاع الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر ، وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء »(١) .

وقد روى أن النبى ﷺ قال « الدنيا متاع ، وخير متاعها المرأة الصالحة ». وعن ابن عباس ان النبى ﷺ قال « الا اخبركم بخير ما يكنز المرء ؟ المرأة الصالحة ، اذا نظر اليها سرته ، واذا غاب عنها حفظته ، واذا أمرها اطاعته » .

وعن انس ان نفرا من اصحاب الرسول ﷺ قال بعضهم لا اتزوج ، وقال بعضهم : اصلى ولا انام ، وقال بعضهم : اصوم ولا افطر . فبلغ ذلك النبى ﷺ فقال : « ما بال اقوام قالوا كذا ، وكذا ، لكنى اصوم وافطر ، واصلى وانام ، واتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

---

(١) هذا حديث مجمع عليه . والباءة : المراد بها تكليفات النكاح من اعداد البيت والانفاق عليه . والوجاء : اصله من وجأ بمعنى قطع ، فالصوم يقطع الشهوات لانه يقوى الارادة ويسبغ الروحانية على النفس .

المبحـــث الثالث

الوصف الشرعى للـــزواج

٤ – المراد بالوصف الشرعى ما يســمى في اصطلاح الاصـوليين بالحكم التكليفى فيقال مثلا ان حكم الزواج الوجوب وحكم البيع الاباحة وحكم الميسر الحرمة وهكذا ..

٥ – وحكم الزواج بالمعنى السابق يختلف باختلاف حال المكلف من حيث قدرته المالية واستعداده الجسمى والخلقى · فليس له حكم واحد يشمل جميع المكلفين بل ترد عليه احكام مختلفة :

١) فقد يكون الزواج فرضا · وهذا اذا كان المكلف قادرا على نفقـات الزواج ، وعلى العدل مع أهله أن تزوج ، وهو في نفس الوقت متأكد من الوقوع في الزنى اذا لم يتزوج · وأســاس ذلك ان ترك الزنى فرض وعـدم التزوج يوقع فيه هنا حتما فلزم الزواج حتى لا يقع المكلف في هذه الجريمة ما دام انه ليس في ذلك ظلم لاحد · ويكون الزواج فرضا لان من المعروف ان ما لا يتحقق الفرض الا به فهو فرض ·

٢) وقد يكون الزواج واجبا اذا كان المكلف قادرا على تكاليفه وعلـى العدل مع أهله وكان يخشي ان يقـع في الزنى اذا لم يتزوج · ومعـروف ان الالزام هنا دونه في الفـرض اذ الواجب اقل درجة من الفرض عند فقهـــاء الحنفية(١) ·

---

(١) جمهور الفقهاء لا يفرقون بين الواجب والفرض · فما طلب من المكلف فعله على سبيل الالزام يسمى واجبا او فرضا · وعند الحنفية ان الفرض هو ما طلب من المكلف فعله على وجه الالزام وكان ثابتا بدليل قطعى الثبوت وقطعى الدلالة والواجب هو المطلوب من المكلف فعله على وجه الالزام وكان الطلب ثابتا بدليل ظنى الثبوت أو ظنى الدلالة ·

٣) وقد يكون الزواج حراما ، وهذا اذا كان المكلف غير قادر على تكاليف الزواج او تيقن انه سيظلم زوجته ولا يقوم بحقوق الزوجيـة وواجباتها اذا تزوج • وسبب كون الزواج حراما هنا ان فيه اضرارا بالزوجة ، والحديث يقول : « لا ضرر ولا ضرار » فالاضرار بالزوجة حرام ومن ثم يكون ما يوصل اليه حراما • لكن حرمة الزواج هنا ليست لذاته بل لغيره لانه يؤدى الى الحرام •

٤) وقد يكون الزواج مكروها وذلك اذا غلب على ظن المكلف انه يقع في الظلم ان تزوج • فالكراهة هنا خشية ان يؤدى الزواج الى الظلم المتوقع •

٥) واذا كان المكلف في حال الاعتدال بمعنى انه لا يقع في الزنى اذا لم يتزوج ولا يخشاه ، كما انه لا يظلم اهله اذا تزوج ولا يخشي ذلك فـان الفقهاء اختلفوا في الوصف الشرعى للزواج في هذه الحالة •

(أ) فجمهور الفقهـاء ومعهم الحنفية يرون أن الزواج هنا مندوب بمعنى انه مطلوب من المكلف لكن ليس على سبيل الحتم • وتعبير بعض الفقهاء بانه سنة مؤكدة لا يخرج به عن حيز المندوب ، لان هناك تساهلا في التعبير ، فقد يطلق لفظ المستحب أو المندوب ويراد بـه السنة ، كما قد يطلق لفظ السـنة ويراد به ما هـو مستحب أو مندوب ، فهناك تقارب في المعنى بين هذه الكلمات •

(ب) وهناك رأى بان الزواج في الحالة التى نحن بصددها مباح وليس بسنة أو مندوب ، وهذا هو رأى الشـافعى •

(جـ) ومذهب الظاهرية على ان الزواج هنا فرض على القادر على الانفاق على زوجته •

وقد استدل لرأى الشـافعى بان النصوص عبرت في كثير من الاحيـان عن الزواج بالحل ، وهذا في معنى الاباحة • من ذلك قوله تعـالى : « واحـل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين»(١) • وما دام ان لفظ الحل في معنى الاباحة فلا يتأتى ان يدل على الوجوب ولا على الندب(٢) •

---

(١) سورة النساء آية رقم ٢٤ •

(٢) **المباح** : هو ما لم يطلبه الشارع ولم يمنعه • **والمندوب** : هو ما طلبه الشارع من غير تحتيم او الزام • **والواجب** : هو ما طلبه الشارع والزم به ، ولكن ثبت بدليل ظنى فيه شبهة • **والفرض**: هو ما طلبه الشارع والزم به، =

وان الزواج من جنس الاعمال الدنيوية مثل الاكل والشرب ، وفيه قضاء الشهوة ، وهو مما يميل اليه الطبع ، فمن يقوم به انما يعمل لنفسه ، وذلك من خواص المباح •

ومما استدل به لرأى الظاهرية ان النصوص وردث في الزواج بصيغة الأمر • ومنها قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء »(١) وقوله « فانكحوا الايامى منكم »(٢) ومنها قول الرسول ﷺ : يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج •••• » فهذه كلها نصوص وردت في صيغة الأمر الدال على الفرضية ولم يرد ما يفيد ان الأمر مقصود به غير ذلك فتكون دالة على الفرضية •

ومما سيق لتدعيم رأى الظاهرية ان الانسان ولو كان في حال الاعتدال عرضة للزنى ، ومن الواجب عليه ان يحتاط لنفسه بالزواج فكان مطلوبا طلبا لازما •

ومما استدل به لرأى الجمهور ان الطلب الوارد في بعض النصوص للندب لا للالزام • ومن ذلك ان حديث : « يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فانه اغض للبصر واحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فانه له وجاء » • يدل على انه ليس مطلوبا طلب حتم والزام ، لانه ﷺ طلب من غير القادر على نفقات الزواج ان يعصم نفسه بالصوم ، وليس هذا شأن الطلب على سبيل الحتم والالزام •

=وثبت فيه الطلب بدليل قطعي لا شبهة فيه• **والمحرم** : هو ما ثبت النهى عنه بدليل قطعى لا شبهة فيه • **والمكروه** : هو مانهى الشارع عنه لكن النهى عنه ثابت بدليل ظنى فيه شبهة • فهو يقابل الواجب • كما ان المحرم مقابل للفرض • (الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ، هامش رقم / ١ ص ٢١) •

وقد سبق القول ان الجمهور لا يفرقون في هذا المجال بين الفرض والواجب بنما يفرق الحنفية بينهما ، فيقولون ان الطلب في الفرض ثابت بدليل قطعى وان الطلب في الواجب ثابت بدليل ظنى •

(١) سورة النساء آية رقم ٣ •

(٢) سورة النور آية رقم ٣٢ •

كما ان بعضا قليلا من الصحابة لم يتزوج ولم ينكر النبى ﷺ عليهم ذلك ، ولو كان الزواج فرضا لفعل ٠

والزواج لم يرد من بين الفروض التى اتت بها الشريعة ، والدين وصل الينا كاملا ٠ يقول جل وعلا : « اليوم أكملت لكم دينكم واتممت عليهم نعمتى ، ورضيت لكم الاسلام دينا »(١) ٠ ولو كان الزواج فرضا لازما لكان من بين الفروض في هذه الشريعة ، الأمر الذى لم يحصل ، فليس الا انه ليس فرضا في كل حال ٠

ومما يرد به الجمهور على الشافعية ان النبى ﷺ داوم على الزواج حتى قبض ولو كان التخلى عنه الى النوافل أفضل لفعل ٠ كما انه طريق لصيانة النفس عن الفحشاء والمنكر والقيام على شئون الأهل والولد ، وهذا كله يفضل القيام بالنوافل ٠

ورأى الحنفية والجمهور هو الصحيح ٠

ويجدر القول بأن حال الاعتدال التى نحن بصددها هى الغالبة وغيرها من الأحوال أمور طارئة عارضة لبعض الأشخاص ٠ ولهذا تعتبر حال الاعتدال هى الأصل في موضوع حكم الزواج شرعا ، فيقال : ان حكم الزواج الندب وهذا على قول الجمهور ٠

٦ ـ بقيت حالة قد يثور فيها السؤال ، ما حكمها ؟ وهى تلك الحالة التى يتيقن المكلف فيها انه سيقع في الزنى اذا لم يتزوج وانه سيقع في ظلم زوجته اذا تزوج ٠ ايغلب جانب الفرض فيتزوج ام يغلب جانب الحرمة فلا يتزوج ٠ لا شك ان المحرم لا يبيح المحرم ٠ فهذا المكلف عليه شرعا الا يظلم زوجته اذا تزوج والا يقع في الزنى اذا لم يتزوج ٠ فعليه ان يجاهد النفس لكى يعدل مع زوجته اذا اختار الزواج ٠ وعليه يجاهد نفسه ويكبح جماح شهوته اذا اختار عدمه ٠ ويدل على ذلك قوله تعالى : « وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله »(٢) ٠ ومعنى :

---

(١) سورة المائدة آية رقم ٣ ٠

(٢) سورة النور آية رقم ٣٣ ٠

وليستعفف ان يجتهد في طلب العفة ومجاهدة شهوته . ولعل الرسول ﷺ يشير الى هذا المعنى أيضا في الحديث الشريف : « يا معشر الشباب : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » . وما من شك في ان الصوم في هذه الحالة مهذب للنفس مضعف للشهوة البهيمية مقو للنورانية في الانسان . وبهذا الهدى النبوى يمكن للانسان أن يجاهد نفسه ويكبح جماح شهواته(١) .

---

(١) يراجع في صفة الزواج شرعا : بدائع الصنائع للكاسانى جزء / ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ـ الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٣ ص ٦ ، ٨ طبعة ثانية سنة ١٣٨٦ هـ . سنة ١٩٦٦ م . تصوير دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٩ هـ سنة ١٩٧٩ م . ـ فتح القدير جزء / ٢ ص ١٠٠ وما بعدها ـ المحلى لابن حزم جزء / ٩ ص ٤٤٠ .
وراجع كذلك الأحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٢١ وما بعدها فقرة ٦١ ـ أحكام الأحوال الشخصية للدكتور محمد يوسف موسي ص ٤٠ فقرة ٤١ ـ أحكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية لعمر عبد الله ص ٢٠ وما بعدها

الفصل الثانى

الخطبة او مقدمات العقد

٧ ـ كل عقد له خطر تسبقه مقدمات ٠

وليس اخطر من عقد الزواج ولا ابعد منه اثرا في حياة الانسان ، فهو العقد الذى به يلتقى الرجل بالمرأة على الوجه المشروع ويكونان أسرة ٠ والاصل فيه انه دائم الى نهاية الحياة ٠ فكان لابد من مقدمات لهذا العقد ٠

٨ ـ ومقدمات عقد الزواج تسمى شرعا بالخطبة ، ومعناها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم اليها وذويها والمفاوضة في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه(١) ٠

ويجب لصحة الخطبة ان يكون كل من الطرفين على علم تام قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الاخر وما عليه من عادات واخلاق ٠ ووسيلة ذلك التحرى والبحث ٠

ويجب ايضا ان يكون كل من الطرفين على علم بخلق الطرف الآخر وتكوينه الجسمى ٠ ووسيلة ذلك هى الرؤية ، لهذا اباح الشارع الاسلامى للرجل ان ينظر الى من يريد ان يتزوجها ، وليس ذلك فقط بل حبب ذلك له وندب اليه ٠

خطب المغيرة بن شعبة امرأة ليتزوجها فقال له الرسول ﷺ : « انظرت اليها ؟ » قال : لا ، فقال عليه الصلاة والسلام « انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما » ٠

---

(١) ليس معنى ما ذكر في الصلب ان الخطبة شرط لصحة النكاح فمن المسلم أنه لا يشترط لصحة عقد الزواج ان يسبقه خطبة (محكمة كرموز الشرعية في ٧ / ٨ / ١٩٣٢ المحاماة الشرعية ص ٤ رقم ١٣ ، ص ٦٥٩) ٠

والقدر الذى يجوز للرجل ان يراه ممن يريد خطبتها هو الوجه والكفان والقدمان ، ولا يتجاوز ذلك عند الحنفية فان به تقع الكفاية ، فلا محل لزيادة غير لازمة ٠

واجاز البعض تجاوز القدر السابق في حين منع اخرون النظر الى القدمين واليدين ٠

ولما كان النظر الى الاجنبية من غير داع محرما فانه يباح للضرورة ، وهذه الضرورة تقدر بقدرها ، فيجب ان يوقف عند القدر الذى يكفى الخاطب لتعرف ما يريد من مخطوبته ٠ والوجه واليدان والقدمان فيه الكفاية ، لان الوجه يدل على ما لصاحبه من جمال الخلقة ولأن الكفين والقدمين فيها دلالة على حالة الجسم من نحافة أو امتلاء ٠

والرؤية لا تكون في خلوة ، لان الخلوة ممنوعة شرعا ، فالحديث يقول : « لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان » ٠ ولم يرد من الشارع مبيح للخلوة في رؤية الخاطب لمخطوبته ، فينبغى ان يبقى الامر بالنسبة للخلوة على التحريم ٠ وعلى ذلك يكون اجتماعهما مع حضور محرم لها من اقاربها كابيها او اخيها او عمها ٠٠٠٠

ويجوز ان يتكرر النظر والاجتماع بالمخطوبة اذا كان ذلك لازما للتأكد مما هى عليه حتى لا يقع فيما لا يريد بالنسبة لشريكة حياته المستقبلة٠

وليس ما تقدم خاصا بالرجل ، بل يجوز للمرأة النظر الى خاطبها فهذا اشد لزوما لها ، لانها اذا تزوجته بدون رؤيته فوجدت فيه ما ينفرها منه فانها لا تستطيع الفكاك من الزوجية ، بخلافه ، اذ الطلاق اصلا بيد الرجل لا بيد المرأة ٠ وعدم نص حديث المغيرة بن شعبة على الرؤية بالنسبة للمرأة لا يعارض ان لها الرؤية مثل الرجل ٠ وانما كان النص على اباحة نظر الرجل الى المرأة في هذا الحديث دون النص على العكس ، لان المرأة تستطيع النظر الى الرجل فحياته مبناها الظهور والبروز في شتى الاماكن بخلاف المرأة فان القاعدة قرارها في البيت ٠

٩ ـ وقت الرؤية : تكون الرؤية عند الخطبة ٠٠

وقد روى عن الامام الشافعى انه يفضل كونها قبلها وعند نية الزواج بالمخطوبة حتى اذا راقته اقدم على خطبتها فزواجها ، واذا لم يكن ذلك احجم فلا يكون هناك احراج للمخطوبة ولا لاهلها ولا جرح لكبريائها ، وهذا اليق واحسن ٠ وطبيعى انه يكون خفية او فجأة من غير ان تعلم المخطوبة ولا اهلها من الامر شيئا (١) ٠

١٠ ـ من تجوز خطبتها من النساء : ـ يجب ان تكون المرأة المراد خطبتها صالحة للزواج بالخاطب في الحال ، لان الخطبة ليست الا وسيلة للزواج فاذا كان زواج المخطوبة بالخاطب ممتنعا فان الخطبة لا تجوز ٠

وعلى ذلك يجب في المخطوبة الا تكون محرمة على الخاطب حرمة مؤبدة او مؤقتة ٠ ويقتضي هذا بيان المحرمات مؤبدا او مؤقتا من النساء ، وهذا امر سنخصه بالبيان ان شاء الله ٠

ويكفى هنا القول بانه لا تجوز خطبة من كانت محرمة على الخاطب مؤبدا كعمته او خالته او اخته من النسب او الرضاع او من كانت زوجة لابيه ٠ وحرمة الخطبة هنا مؤبدة لان حرمة الزواج بهؤلاء مؤبدة فلا يكون للخاطب ان يخطب واحدة منهن في اى وقت من الاوقات ٠

واذا كانت الحرمة مؤقتة ، كالمشركة او زوجة الغير او معتدته فانه يحرم عليه ان يخطب واحدة منهن ما دام سبب التحريم قائما ، فاذا زال السبب ارتفع التحريم وكان له ان يخطب منهن ٠ كأن تسلم المشركة أو تعتنق دينا سماويا آخر ، أو تطلق زوجة الغير وتنقضي عدتها منه ٠

---

(١) راجع البدائع جزء / ٥ ص ١٢٢ ـ تكملة فتح القدير جزء ٨ ص ٩٩ ـ نهاية المحتاج جزء ٦ ص ١٨٣ ـ المغنى لابن قدامة جزء / ٦ ص ٥٥٢ ـ ٥٥٤ ـ المحلى لابن حزم جزء / ١٠ ص ، ٣٠ ، ٣١ ٠

والمعتـــدة هى التى تنتظر بعد الفرقة بينها وبين زوجهـا المـدة التى حددها الشارع بدون ان تتزوج زوجا آخر ٠ وقد تكون الفرقة بين الزوجـين بسبب وفاة الزوج فهى تتربص بعد الوفـاة مدة تسـمى عدة الوفـاة ٠ وقد تكون الفرقة بسبب الطلاق ، سـواء كان رجعيـا أو بائنا بينونة كبـرى أو صـغرى (وسيأتى بيـان ذلك واحكامه عند الكلام عن الطلاق) ، فهـذه تكون معتـدة طلاق ٠

ومعتدة الطلاق سـواء كان رجعيا أو بائنا لا تحل حال العـدة للازواج فهى في حكم المتزوجة ويكون لمطلقها في الطلاق الرجعى ان يراجعهـا حـال العدة ولو بغير رضاها ويكون ذلك من غير عقد ولا مهر جديدين ، فالزوجيـة باقية في عدة الطلاق الرجعى ٠ وفي الطلاق البائن ، سواء كانت البينونـة كبرى او صغرى، تبقى بعض اثار الزوجية،ومنها النفقة والقرار في منزل المطلق٠

فلهذا كله يحرم التقدم لخطبة مطلقة الرجعى أو البائن : ويستوى في التحريم ان تكون الخطبة بالتصريح او بالتلميح (١) ٠

ويستثنى من قاعدة عدم جواز خطبة من لا يجوز التزوج منها حـال الخطبة ــ معتدة الوفاة ، فمع انه لا يجوز حال قيام العـدة التزوج بها ، فحكمها في ذلك حكم كل معتدة ــ الا انه يجوز شرعا خطبتهـا لكن تعريضا لا تصريحا ٠ وسند ذلك قوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النسـاء أو اكننتم في انفسكم » (٢) ٠ ومـراد المولى عز وجل بالنسـاء في هـذه الايـة الكريمة المعتدات لوفاة ازواجهن ، وهذا هو ظاهر الاية لانها جاءت بعـد آيـة « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا »٠ ويفهم من نفى الاثم والجناح في التعريض بخطبة معتدات الوفـاة ان الخطبـة بهذه الوسيلة غير ممنوعة ٠ كما انه يفهم من تخصيص التعريض في الخطبـة بعدم الجناح ان الخطبة بطريق التصريح فيها جناح واثم فلا تجوز (٣) ٠

---

(١) عند الشافعية يجوز خطبة معتدة البائن تعريضا لا تصريحا ، ومثلهـا في ذلك عندهم مثل المعتدة من وفاة (نهاية المحتاج جزء / ٦ ص ١٩٨ ، ١٩٩)٠

(٢) سورة البقرة ، اية رقم ٢٣٥ ٠

(٣) عمر عبد الله ص ٣٢ ــ محمد ابو زهرة ص ٢٨ ، ٢٩ ٠

والحكمة في اختلاف الحكم بين معتدة البائن والمعتدة من وفاة ان معتدة الوفاة انقطع الحبل بينها وبين زوجها المتوفى الى الابد بخلاف معتدة البائن فالمطلق موجود ويحتمل أن تعود اليه بعقد ومهر جديدين في احوال ، فالاقدام على خطبتها في العدة فيه اعتداء على المطلق ، مما قد يؤدى الى النزاع والبغضاء بينه وبين الخاطب . ومن ناحية اخرى فالمطلقة طلاقا بائنا في اغلب الاحيان تعتد بالحيض وقد تكون بها رغبة من الزواج بمن تقدم لها فتدعوها هذه الرغبة الى ان تقر بانقضاء عدتها بالحيض ثلاث مرات ومن المقرر ان القول في انقضاء العدة بالحيض هو قول المرأة ما دامت المدة بين الطلاق والاقرار بالانقضاء تحتمله ، فيؤخذ بقولها وهى في الحقيقة ما تزال في العدة ، فناسب هذه الحالة ان تمنع الخطبة للمعتدة في الطلاق البائن ما دامت في العدة ، فلا تكون لا بالتصريح ولا بالتعريض ، بخلاف المعتدة للوفاة فان عدتها تنقضي بوضع الحمل ان كانت حاملا ، والا فبمضي اربعة اشهر وعشرة ايام . فانقضاء عدتها له امد معلوم محدد من الشارع مقدما ، ولا يكون لاقرارها بالانقضاء اثر في هذا السبيل ، فلم يكن في خطبتها ما يخشي من خطبة معتدة البائن . وأخيرا فان معتدة الطلاق البائن تلزم منزل الزوجية شرعا حال العدة ، فلا تخرج منه ولا يدخل عليها احد فيه من غير اذن مطلقها ، فلا سبيل لرؤية الخاطب لها والخطبة تقتضي الرؤية .

والفرق بين التصريح والتعريض ان الاول يكون بعبارة صريحة في طلب التزوج واظهار الرغبة فيه ولا تحتمل غير هذا المعنى . اما التعريض فيكون بذكر عبارات ليس مقصودا منها معناها الظاهر ، والمعنى المقصود وهو الخطبة غير ظاهر ولكن يفهم من اشارات القول والقرائن .

ومثال التصريح ان يقول لها : انى اريد ان اتزوجك .

ومثال التعريض ان يقول لها : انى اريد ان اتزوج امرأة جميلة ، أو انى راغب في الزواج . ومن الامثلة المهذبة في التعريض ان سكينة بنت حنظلة قالت : « استأذن على محمد بن على بن الحسين ، ولم تنقض عدتى من مهلك

زوجي ، فقال : (قد عرفت قرابتي من رسـول ﷺ ، وقرابتي من علي،وموضعي في العرب) • قلت : غفر الله لك يا ابا جعفر ، انك رجـل يؤخذ منك ، تخطبني في عدتي قال : (انما اخبرتك بقرابتي من رسـول ﷺ ، ومن علي)(١) •

١١ - ولا تجوز ايضا خطبة امرأة سبق آخر في خطبتها ، لكن ديانـة لاقضـاء •

وسند ذلك ما راوه البخاري والنسائي أن رسول ﷺ قال : « لا يخطب الرجل على خطبة اخيه حتى ينكح او يترك » • وما رواه مسلم عن عقبة بن عـامر ان رسـول ﷺ قال : « المؤمن اخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن ان يبتاع على بيع اخيه ، ولا يخطب على خطبة اخيه ، حتى يذر » •

والاحوال في هذا الخصوص ثلاثة :

١) فاما ان تكون المـرأة قد قبلت الخطبة ، فهنا يجب اتفاقا الا يتقـدم خاطب جديد لخطبتها لمـا في ذلك من اعتداء على الأول •

٢) واما ان تكون رفضتها ، فهنا كذلك يجوز اجماعا للخاطب الجـديد ان يتقدم للخطبة لان المـرأة ليست مخطوبة لآخر ، وليس لمـن رفضت خطبته حق حتى يحجم الخاطب الجديد عن الخطبة مراعـاة لهذا الحق •

٣) واما ان تكون المـرأة مترددة بين الرفض والقبول • وفي هذه الحالة اختلفت الاراء : ففريق من أهل الفقه على عدم جواز تقدم الجديد بالخطبة في هذه الحالة لان التقدم يتضمن اعتداء على الخاطب الأول وربما تقبل خطبتـــه ، ومن هذا الفريق أكثر الحنفية •

وفريق على انه يجوز للخاطب الجديد التقـدم للخطبة ، لان الخاطب الأول لم يترتب له حق ، فلم تقبل خطبته بعد فيأخذ الامر حكم الرفض •

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٢٩ - عمر عبد الله ص ٢٥ ، ٢٦ •

ويلاحظ ان الجواز وعدمه في هـذه الحالات امر دينى لا يتعلق بـــه قضاء . وعلى ذلك فاذا اقدم شخص على خطبة امـرأة سبق ان خطبت لآخـر ثم تزوجهـا فـان الزواج صـحيـح وان كان يأثـم لذلك . وهــذا هـو مذهب الجمهور .

وقال داود الظاهرى ان من يخطب على خطبة اخيه يكون زواجـه بنـاء على هـذه الخطبة غير صحيح ويفسخ . فالنهى منصب على النـكاح وليست الخطبة الا وسـيله له ويسـتوى في الفسـخ ان يكون قد دخـل بهـا او لـم يدخـل .

ومالك رويت عنه اقوال ثلاثة : احدها مذهب الجمهور والثانى مذهـب الظاهرية المـار - والثالث هو ان الزواج يفسخ ان لم يكن قد حصل دخول ، اما اذا كـان قـد دخـل بهـا فان العقـد يتأكد بالدخول ولا يفسـخ ، ويأثـم فقط (١) .

١٢ - اثر الخطبة : ليست الخطبة عقدا يلتزم فيه الطرفان قبل بعضهما بالتزامات لها قوة الالزام . وغاية ما يمكن ان يقال في الخطبة اذا تمت انهـا وعد بعقـد .

ولكل من الطرفين العـدول عن هذا الوعـد وعدم المضى في ابرام عقـد الزواج ، وهذا محل اتفاق بين الفقهـاء ، لان القول بغيره يترتب عليه ان الزواج قد ينعقد في احيان بدون رضاء الطرفين أو احدهما ، وليس هذا شـأن عقـد الزواج لمـا له من خطر ، والمصلحة توجب اعطـاء كل من الطرفين التحلل من الخطبة اذا جـد ما يدعو لذلك (٢) .

---

(١) محمد ابو زهرة ، ص ٣٠ ، ٣١ ، فقرة ٢١ . محمد يوسف موسي ص ٤٥ ، ٤٦ .

(٢) محمد ابو زهرة ص ٣١ ، ٣٢ ، فقرة ٢٣ . وفيه ان في بعض اقـوال للامام مالك ان الوعد يجب الوفاء به قضاء ، لكن هذا لا يجرى علي الخطبة لان الوفاء بهذا الوعد يقتضي ان يبرم الزواج بالنسبة لشخص لا يرضي عنه . =

١٣ ـ لكن ما الحكم فيما يكون قد قدم من المهر أو من الهـدايا ، وهـل يلزم التعويض ان تسبب عن العـدول ضرر ؟ ٠

١٤ ـ **المهـر**: اذا كان الخاطب قدم لمخطوبته المهـر أو جزءا منه وحصل عدول عن الخطبة فله ان يسترد ما دفع على انـه مهـر ، لان المهـر مـن احكام عقـد الزواج ، والزواج لـم يتم ، فكان له ان يسترد ما دفع بهـذه الصفة ٠ وعلى ذلك فهو يسترد عين ما دفع ان كان قائما ، واذا لـم يكن قائما بعينـه فانه يسترد مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان قيميا ٠

١٥ ـ **الهـدايا** : اذا قدم احد الطرفين للآخر هدايا حال الخطبة وعدل عنها فان هـذه الهدايا تأخذ حكم الهبات ٠ ومذهب الخنفية على ان الهبة يجـوز الرجوع فيها الا لمـانع من موانع الرجوع في الهبـة (١) ٠

= وانظر أيضـا : الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكى الدين شـعبان ، منشورات الجامعة الليبية ص ٧٦ ٠ وفيه أن هناك رأيا لابن شبرمة وهو أحـد اقوال أربعة في مذهب المالكية مقتضاه أن الواعد يلزمه الوفاء بالوعد ويجبر على ذلك بواسطة القضاء ٠ ومقتضي هذا الرأى انه لا يجوز للخاطب أو المخطوبة أن يعدل عن الخطبة وانهما اذا عدلا أو عدل أحدهما لا يترتب على هذا العـدول فسخ الخطبة ويلزمهما الاستمرار فيها وابرام عقد الزواج الا اذا وجـد ما يمنع ذلك كالموت وعدم القدرة على التنفيذ ٠

ورأى الجمهور هو المعتبر لأنه المتفق مع الحكمة في الخطبة وهى الاختيار السليم ولأن الزام أحد الطرفين باجراء العقد يتضمن الاكراه وهو مالا يجـوز في الزواج الذى يفترض فيه أنه عقد أبدى ممـا يوجب أن تـكون الحرية في انشائه أوسع مجالا ممـا في غيرهمن العقود والارتباطات ٠

ملحوظة : نصت المادة الاولى من قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان على انه : « لا ينعقد النكاح بالهدية والوعد » ٠ وهذا يفيـد ان هذا القـانون لا يعتبر الخطبة ، التى هى مجرد وعد بالزواج ، زواجا ولا يعطيها تبعا قوة الزام بالنسبة لعقد الزواج ٠ وهذا هو مسلك الفقه ٠

(١) موانع الرجوع في الهبة : ١ ـ زيادة الموهوب ٠ ٢ ـ موت أحد الطرفين٠ ٣ ـ العوض عن الهبة٠ ٤ ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له٠ ٥ ـ الزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة ٠ ٦ ـ القرابة المحرمية بينهما ٠ ٧ ـ هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له ٠

وعلى ذلك فاذا كان ما اهدى قائما بذاته فانه يرد لمن اهداه من الطرفين ٠ ولا يرد اذا قام مانع من موانع الرجوع في الهبة ، كان يكون طعاما واكل ، أو ملابس فخيطت ٠

وهذا هو مذهب الحنفية ٠

وجمهور الفقهاء على انه لا يجوز الرجوع في الهبة بعد قبضها ٠ لكن بعضهم خالف في حكم الهدايا في الزواج :

فمالك رضي الله عنه يفرق :

١) فان كان شرط بين الطرفين أو عرف متبع عمل بالشرط أو العرف ، لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا ٠

٢) واذا لم يكن شيء من ذلك : فان كان العدول من جهة الخاطب فلا يسترد من المخطوبة ما اهداه اليها ، وان كان قائما بعينه لديها ٠ وان كان العدول من جهتها فانه يرد ما اهدى اليها بعينه ، ويرد قيمته أو مثله ان هلك أو استهلك ٠

ومذهب الشافعي استرداد الهدايا ايا كان المهدى ٠ فان كانت قائمة بذاتها ردت ٠ وان كانت هالكة أو مستهلكة فانه يرد المثل أو القيمة حسب الأحوال(١) ٠

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٣٤ ، ٣٥ فقره ٢٥ - عمر عبد الله ص ٣٥،٣٦ - حاشية ابن عابدين جزء/٢ ص ٣٧٤ ، ٣٧٥ - فتح القدير جزء/٢ ص ٤٨ ٠
وفيما ذكر في الصلب تفصيل يحسن ايراده ذلك أنه يفرق :

في مذاهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد في الهبات على الوجه الآتي :

١ - فما جرى العرف باعتباره من المهر يأخذ حكم المهر ومثالها (الشبكة) في مصر (والبيان) في ليبيا ٠

٢ - وما لا يعتبر من المهر عرفا ففيه : =

ومذهب مالك في هذه المسألة هو الأقرب للعدالة ، لان يمقتضاه لا يجمع من عدل بين ظلمه الطرف الآخر ورد ما اهدى اليه · ولا يجمع الطرف الآخر بين الم العدول ورد ما اهدى اليه ·

١٦ ـ وقد نصت المادة الثانية من قانون حقوق العائلة السارى في لبنان على انه : « بعد تمام الوعد ، اذا امتنع احد الطرفين عن النكاح أو توفى فللخاطب ان يسترد الاشياء التى اعطاها حسابا عن المهر عينا ان كانت قائمة ، وبدلا ان تلفت · اما الاشياء التى اعطاها الطرفان لبعضهما بعضا هدية فتجرى احكام الهبة بحقها » ·

وظاهر من هذا النص انه بالنسبة لما دفع من المهر يسترد عند العدول أو الوفاة ، وهذا هو ما اجمع عليه أهل الفقه لان المهر من احكام عقد الزواج والعقد لم يتم ، اذ الوعد لا يتم به عقد النكاح ، وهو نص المادة الاولى من قانون حقوق العائلة : « لا ينعقد النكاح بالهدية والوعد » ·

وبالنسبة للهدايا فان النص الذى نحن بصدده طبق في شأنها احكام الهبة ، والمعروف عند الحنفية كما اسلفنا ان القاعدة جواز الرجوع فيها وأن عدم الرجوع مختص بحالات معينة ·

= أ ـ ان كان العدول من أحد الطرفين : فاما أن يكون بغير مقتض وحينئذ لا يسترد من عدل شيئا مما أهداه ·

واما أن يكون بمقتض وفي هذه الحالة يسترد ما أهداه عينا أو بدلا ·

ويطبق ذلك في الحالتين ما لم يكن شرط أو عرف ·

ب ـ وان كان العدول من الطرفين وبسبب من أحدهما فللمهدى أن يسترد ما أهداه ان كان قائما أو قيمته يوم القبض ان كان هالكا أو مستهلكا ما لم يكن شرط أو عرف ومعنى هذا أن المقصود بالمقتضى (السبب) ·

لان من كان منه السبب هو الذى حال بمسلكة بين الآخر وبين الزواج ·

واذا لم يكن ثمة سبب من أحدهما فلكل منهما أن يسترد القائم فقط مما أهداه للآخر ·

وان أنقضت الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج كجنون أحدهما أو أسره لم يسترد شيئا من الهدايا لأن عدم الزواج ليس من جهة المتوفى أو المجنون أو الأسير وانما هو للعارض مطلقا ومقتضي العدول لا يمكن ضبطه أو حصره وهو متروك للقضاء يقدره حسب الملابسات والظروف في كل حالة على أساس من الشرع والعرف ·

١٧ ـ وقد حكم بأن :

١ ـ ما يقدم من الخاطب لمخطوبته مما لا يكون محلا لورود العقد عليه يعتبر هدية ٠

٢ ـ والهدية كالهبة حكما ومعنى ٠

٣ ـ والهبة عقد تمليك يتم بالقبض وللموهوب له أن يتصرف في العين الموهوبة بالبيع والشراء وغيره ويكون هذا التصرف نافذا ٠

٤ ـ وهلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانع من الرجوع في الهبة ٠

٥ ـ واذا طلب الواهب رد العين الموهوبة فأبى الموهوب له ردها فلا تنقلب يده يدا ضامنة بل ولو كان طلب الرد برفع الخصومة الى القضاء ٠ وينبنى على ذلك أن الدعوى بطلب رد العين ان كانت قائمة أو قيمتها ان كانت هالكة أو مستهلكة دعوى غير مسموعة شرعا لأنه ليس للواهب الا طلب رد العين ان كانت قائمة (١) ٠

وأن (الشبكة) هدية والهدية هبة والهبة لا ترد متى ثبت التصرف فيها٠ واذا كانت الشبكة مالا فا شترى به جهازا أو حليا استبدل بها غيرها اعتبر ذلك تصرفا فيها هلاكا أو استهلاكا ٠ ويجب رفض دعوى ردها ليكون ذلك درسا للمتعجلين(٢) ٠

وانه اذا رفعت دعوى بطلب رد (شبكة) قدمت لتكون من المهر فمع هذا لا مانع من ادعائها هدية ٠ وان الهدايا التى تقدم للمخطوبة ترد بعينها متى كانت قائمة (٣) ٠

---

(١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية ١٩٣٣/٧/١٢ س/٥ ع ١ ، ٢ ص ١٤٧ رقم ٥٤ ٠

(٢) محكمة كفر الشيخ المحاماة الشرعية ١٩٣٤/٤/١٤ س/١٠ ع ٢ ص ١٦٩ رقم ٤٤ ٠

(٣) محكمة بورسعيد الشرعية ١٩٣٣/٢/٢٥ المحاماة الشرعية س ٤ رقم ٢٥٢ ص ٧٩٤ ـ تأيد في الاستئناف ٠

١٨ ـ حكم التعويض : اذا عدل احد الطرفين عن الخطبة فلحق الطرف الآخر ضرر من هذا العدول ، سواء اكان الضرر ادبيا أو ماديا · هل يستوجب هذا العدول التعويض للمضرور ام لا ؟ ·

قد تكون المخطوبة موظفة واستقالت بسبب الخطبة لكى تستعد للزواج بالخاطب ، وقد تكون اعدت الجهاز او بعضه ايضا ، وقد يكون الخاطب اعد مسكن الزوجية ، فهل يحكم بتعويض عن الاضرار في هذه الحالات وامثالها ام لا ؟ ··

قيل بان الخطبة ليست عقدا ملزما وانه يمكن لاى من الطرفين العدول عنها في اى وقت ، وان هذا ليس الا استعمالا لحق مشروع لمن يعدل ، فلا يمكن مع ذلك ان يسأل تعويضا · وقد اعتنقت هذا الرأى بعض الاحكام وقالت انه لا ضمان على من استعمل حقه في العدول وان من يدعى حصول ضرر له من العدول كان يعرف مقدما ان العدول جائز للطرف الآخر فكان يجدر به ان يتدبر امره على هذا الاساس ، كما انه كان يستطيع قبل ان يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرر من الاعمال ان يطلب من الطرف الآخر حسم الامر بالزواج أو بعدمه · وفضلا عن ذلك فالقول بالتعويض قد يؤدى الى الاجبار للاقدام على الزواج مع انه عقد يجب ان يباعد بينه وبين اى نوع من انواع الاجبار أو عدم الرضا ·

وقيل بان العدول وأن كان حقا للخاطب الا انه قد يكون سببا في التعويض اذا اسيء استعماله ، لان الضرر يزال شرعا ، اذ المقرر في الحديث انه « لا ضرر ولا ضرار » · وسارت على هذا الرأى ايضا بعض المحاكم ·

والاوفق ان يقال بالتعويض اذا كان لمن عدل عن الخطبة غير مجرد العدول دخل فيما اصاب الطرف الآخر من الضرر كان يكون طلب اعداد الجهاز فاعد أو يكون طلب منها ترك العمل فتركت ، أو تكون هى طلبت منه اعداد منزل الزوجية ففعل · ففى كل هذه الحالات وامثالها حصل ضرر بسبب فعل من عدل · وأساس التعويض هنا ليس المسئولية العقدية ، لكن المسئولية التقصيرية ·

اما اذا كان الضرر ناشئا عن مجرد العدول غير المصحوب باى فعل سبب الضرر فارى انه لا تعويض هنا ·

الفصل الثالث

اركان عقد الزواج وشروطه

المبحث الأول

اركان عقد الزواج

١٩ ـ ركن الشيء في الاصطلاح هو ما به قوام هذا الشيء ، ولا تتحقق ماهيته الا به لكونه جزءا منه ، كالركوع والسجود في الصلاة ، اما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجا عن حقيقته ، ومثل ذلك الوضوء بالنسبة للصلاة ٠ فالركن اذن جزء من حقيقة الشيء ، والشرط خارج عن حقيقة الشيء ، وان كان يتوقف على وجود كل من الركن والشرط وجود الشيء شرعا ، بحيث تترتب عليه احكامه ٠

٢٠ ـ واركان عقد الزواج هي الايجاب والقبول ، فهو لا ينعقد الا بهما ٠

والايجاب هو ما صدر من أحد العاقدين اولا للدلالة على ارادته ان ينشيء العقد وعلى رضاه به ٠ والقبول هو ما صدر ثانيا من العاقد الاخر للدلالة على موافقته وعلى رضاه بما اوجبه الاول بقصد اتمام العقد ٠٠ والذى صدر عنه الايجاب يسمى **الموجب** ٠ والذى صدر عنه القبول يسمى **القابل** ٠

ويتكون من مجموع الايجاب والقبول العقد ، فهو عبارة عن ربط الايجاب بالقبول على وجه ينشأ عنه الزواج ، ويحصل ذلك بوقوع الكلام الثانى ، الذى هو القبول ، جوابا معبرا محققا لغرض الكلام الاول ، الذى هو الايجاب(١) ٠

---

(١) عمر عبد الله ص ٤٠ ٠

ملحوظة : نصت المادة ٣٥ من قانون حقوق العائلة على انه : « ينعقد النكاح بالايجاب والقبول في مجلس النكاح من الطرفين او وكيليهما » فهذه المادة تقنين للفقه في هذه المسالة ، فالرضا يتكون من تلاقى الايجاب والقبول وبهذا التلاقى ينعقد النكاح ٠

٢١ - الفاظ الايجاب والقبول : اتفق الفقهاء على ان الزواج ينعقد بلفظ **النكاح** كما ينعقد بلفظ **الزواج** ، ومثل هذين اللفظين مشتقاتهما ، لان هذين اللفظين يدلان على ما هو مقصود بعقد الزواج حقيقة بطريق الوضع لغة ، وقد استعملهما الشارع للدلالة على هذا العقد أيضا ·

وفيما عدا هذين اللفظين ومشتقاتهما اختلف الفقهاء فيما ينعقد به الزواج من ألفاظ ، فضيق البعض وتوسع البعض الآخر :

فمن الفقهاء الذين ضيقوا النطاق الشافعى ، فقد وقف في هذا السبيل عند لفظى النكاح والزواج ومشتقاتهما ، فلم يجز حصول عقد الزواج بالفاظ أخرى ، ومما استدل به على هذا الرأى خطورة عقد الزواج وعمق اثاره فلا ينعقد الا بلفظ وضع للزواج ولا ينفع في ذلك مجاز ، كما ان هذا العقد خص بوجوب الاشهاد عليه لصحته ، والقرائن قد تخفى على الشهود ·

أما الحنفية ، فقد توسعوا في الالفاظ التى ينعقد بها الزواج ، فضلا عن انعقاده عندهم بلفظ **الزواج** ، وبلفظ **النكاح** ومشتقاتهما ، فانه ينعقد أيضا عندهم بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان في الحال بلا عوض ، مثل لفظ الهبة والصدقة ما دامت قد دلت القرائن على ان المقصود بها انشاء عقد الزواج · يدل على ذلك عندهم قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبى ان اراد النبى ان يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين »[١] · اما الالفاظ الدالة على تمليك الاعيان في الحال بعوض ، مثل لفظ البيع فان فقهاء هذا المذهب اختلفوا في انعقاد الزواج بها ، والصحيح عندهم انعقاد الزواج بها مادام قد قصد بها معنى الزواج ودلت على ذلك القرينة · اما الالفاظ التى تفيد تمليك المنفعة في الحال ، مثل لفظ **الاجارة** ، فان الخلاف قد قام أيضا بالنسبة لها عند فقهاء الحنفية ، لكن الصحيح عندهم ان الزواج لا ينعقد بها · اما غير ذلك من الالفاظ فلا ينعقد بها الزواج ·

---

(١) سورة الاحزاب ، أية رقم ٥٠ ·

واما مالك واحمد فقد توسطا ، فان الزواج عندهما كما ينعقد بلفظ **الزواج** ، وبلفظ **النكاح** ، ومشتقاتهما ينعقد أيضا بالالفاظ التى تفيد تمليك الأعيان في الحال بلا عوض ، كلفظة الهبة · ولا ينعقد عندهم الزواج بما يفيد تمليك الأعيان في الحال بعوض كلفظ البيع ، ولا بغيره(١) ·

٢٢ - حكم كون الالفاظ بلغة اعجمية :

اذا كان العاقدان او احدهما لا يفهم اللغة العربية ، فان الفقهاء على اتفاق ان الزواج ينعقد بغير العربية هنا ·

واذا كانا يفهمان اللغة العربية ويستطيعان العقد بها فان الشافعي ذهب الى عدم انعقاد العقد بغير اللغة العربية اما الأئمة الثلاثة فقد اجازوا هنا أيضا انعقاد الزواج بغير اللغة العربية ، لان التكلم بغير اللغة العربية ليس محرما، وقد تكون اللغة غير العربية هى لغة المتعاقدين · كتركيين وباكستانيين ·

٢٣ - الانعقاد بالاشارة او الكتابة :

اذا كان احد العاقدين لا يستطيع الكلام ولا يعرف الكتابة ، فان الاجماع على ان العقد يجوز بالنسبة له بالاشارة المفهمة ، لأن هذه الوسيلة هى أوضح طريق للتعبير عن مراده ·

واذا كان الذى لا يستطيع الكلام يعرف الكتابة فقد اختلف في حكمه الرأى في المذهب الحنفى :

ففى رواية الأصل ان العقد لا يصح بالاشارة ويجب ان يحصل بالكتابة ، لأن الكتابة أكثر بيانا للمراد من الاشارة فلا يصار الى الاشارة مع التمكن من التعبير عن الارادة بطريقة أوضح · وهذه الرواية مرجحة عند كثير من الفقهاء ·

---

(١) **القانون اللبناني :** نصت المادة ٣٦ من قانون حقوق العائلة على ان ، « الايجاب والقبول في النكاح يكون بالالفاظ الصريحة كانكحت وتزوجت » ·

وهذا من الشارع اللبنانى اتجاه نحو تضييق نطاق الفاظ النكاح بجعل الايجاب والقبول بالالفاظ الدالة على ارادة الزواج صراحة · وهو مسلك يتفق فيه كل الفقهاء ، ويتلاقى مع من ضيق هذا النطاق من الفقهاء ، ومنهم الشافعى ·

وفي رواية الجامع الصغير ان العقد هنا يجوز بالاشارة كما يجوز بالكتابة فكل منهما من أنواع الدلالات التى تقوم مقام الخطاب ٠

٢٤ ـ انعقاد الزواج بالمكاتبة وبالرسول :

اذا لم يكن الطرفان في مكان واحـد فان الزواج يمكن ان ينعقد بالكتابة لأن المشافهة متعذرة ٠ وصورة ذلك ان يرسل اليها مثلا خطابا يقـول لها فيه : « تزوجتك » فاذا بلغها هذا الخطاب وقرأته على شاهدين وقبلت هى الزواج في هذا المجلس واشهدت الشاهدين المذكورين على ذلك فان الزواج ينعقد ، والمجلس الذى حصل فيه القبـول مع قراءة الرسـالة على الشاهدين هـو مجلس العقـد ٠

ويمكن ان ينعقد الزواج أيضـا بالرسـول ٠ والذى قيل في الانعقـاد بالمكاتبة يقـال هنا ٠ ومجلس العقد هو المجلس الذى يدلى فيه الرسـول بالايجاب وتدلى فيه المرأة بالقبول بحضور الشاهدين ٠

٢٥ ـ صيغة الايجاب والقبول :

الأصل في صيغ العقود في الفقه الاسلامى ان تـكون بلفظ الماضي ، لأن الالفاظ الماضية هى التى تدل على انشاء العقود لغة ٠

وقد استثنى عقـد الزواج من بين العقود فأجيز ان ينعقـد بلفظين : احدهما للماضي والآخر للمستقبل أو الحال ٠ فيجوز ان يقول الخاطب مثـلا للمخطوبة : **زوجينى نفسك** ، فتقول هى : **قبلت** ٠ أو يقول والد المخطوبة : للخاطب : **أزوجك ابنتى** ٠ فيقول الخاطب : **قبلت** ٠

وانما اجيز في الزواج ان يكون بصيغة المسـتقبل لأن الذى يمنع جواز هذه الصيغة في العقود الاخرى هو احتـمال المساومة ، وهذا بعيد عن الزواج لأنه مسبوق بمقدمات تمنع احتمـال المساومة وتعين ارادة الانشاء حالا ٠

وصيغة الأمر فيها معنى التوكيل ، فاذا قال لها : زوجينى نفسك ، وقالت هى قبلت . فكأنه وكلها ، وهى انشأت العقد عنها وعنه بعبارتها هى ٠ وعقد الزواج يجوز فيه ان يتولاه واحد عن الطرفين ٠

ويشترط في الصيغة أيضا كونها منجزة ، ليست معلقة على شرط ، ولا مضافة للزمن المستقبل ٠ ذلك لأن عقد الزواج تترتب عليه أحكامه ، فور انشائه ، فلا تتراخى آثاره عن السبب الذى هو الصيغة ٠ وهذا ينافي التعليق ، كما ينافي الاضافة :

فالصيغة المعلقة تفيد انشاء العقد في المستقبل عند وجود أمر قد يحصل وقد لا يحصل ٠ والصيغة المضافة ينشأ بها العقد في الحال ، لكن تتراخى أحكامه لزمن مستقبل ٠ فكلا التعليق والاضافة لا يتفق مع حقيقة الزواج الشرعية(١) ٠

٢٦ ـ تولى واحد صيغة العقد :

الأصل في كل عقد ان يتولى انشاءه عاقدان يكون من أحدهما الايجاب ، ويكون من الآخر القبول ٠ ولا يسوغ ان يتولى عاقد واحد انشاء العقد في العقود المالية الا في احوال استثنائية بحتة ، منها ان يبيع الاب لابنه الذى هو في ولايته أو ان يشترى منه ٠

واستثنى من القاعدة المتقدمة عقد الزواج ، فقد أجيز أن يتولاه عاقد واحد تقوم عبارته مقام عبارتى العاقدين ٠

والسبب ان حقوق الزواج ترجع الى من يعقد الزواج عنه ، فمثلا يطالب الزوج بدفع المهر ، وتطالب الزوجة بالطاعة ، ولا يطالب بذلك من باشر العقد

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٤٠ ، ٤١ ، فقرة ٣٠ ٠ وفيه في هامش صفحة ٤١ تحت رقم ١ أنه جاء في أعلام الموقعين ما يفيد انه ورد عن الامام احمد جواز تعليق النكاح ، ففيه ما نصه : « نص الامام احمد على جواز تعليق النكاح بالشرط ، وهذا هو الصحيح » جـ/٣ ص ٣٣٨ ٠

عن احدهما ، لان حقوق العقد لا ترجع اليه لكونه سفيرا ومعبرا عمن يمثله في العقد ، فلا يستغنى عن اضافة العقد الى الاصيل ، وذلك بخلاف العقود الاخرى كعقد البيع مثلا ، فان العاقد فيه ترجع اليه الحقوق فيطالب بها ، فلو صح تولى واحد عقد البيع لكان مطالبا بتسليم المبيع الى المشترى وتسليم الثمن الى البائع فيكون مملكا ومتملكا في آن واحد ، وهذا امر لا يجوز (١) .

وقد يتولى العقد واحد عن الجانبين بصفته وليا عن الزوجين كالجد الذى يزوج بنت ابنه بابن ابنه الآخر ، وكلاهما في ولايته لموت ابويهما مثلا .

وقد يكون وكيلا عن الطرفين فيزوج بعبارته الواحدة موكلته من موكله في الزواج .

وواضح من هذين المثالين ان الولى أو الوكيل تولى العقد في كل حالة بصفة واحدة ، وهى في المثال الاول صفة المولى ، وفي الثانى صفة الوكيل .

وقد يكون وكيلا عن احد الطرفين واصيلا عن الآخر أو وكيلا عن طرف واصيلا عن الآخر ، وقد يكون وليا عن طرف ووكيلا عن الطرف الآخر .

وكون ان الزواج يجوز ان يكون من واحد فقط سنده أحاديث واثار منها ما روى عن عقبة بن عامر ان النبى ﷺ قال لرجل : « اترضي ان أزوجك فلانة » . قال : نعم . وقال للمرأة : « أترضين ان ازوجك فلانا » . قالت : نعم . « فزوج أحدهما بالاخر » فالرسول ﷺ في هذا الزواج كان وكيلا عن الطرفين .

وعلى هذا الرأى أبو حنيفة ومحمد .

اما الشافعى وزفر فانهما لم يجيزا ان يتولى شخص واحد العقد من الجانبين بعبارة واحدة .

---

(١) فتح القدير ص ١٩٧ جزء / ٢

واما أبو يوسف فقد أجاز ان يتولى شخص العقد عن الطرفين ولو لم نكن له ولاية عليهما او على احدهما ، كفضولى يعقد عنهما او عن احدهما ، فان العقد يصح بعبارته ويوقف على الاجازة(١) .

٢٧ - تأبيد الزواج :

يجب الا تكون صيغة الزواج دالة على التأقيت ، لأن عقد الزواج مقتضاه حل العشرة ودوامها واقامة الأسرة والبيت ، وهذا ينافيه التأقيت .

وبهذه المناسبة نتعرض في ايجاز لنكاح المتعة وللنكاح المؤقت .

٢٨ - نكاح المتعة : كان نكاح المتعة معروفا في الجاهلية . فقد كان الرجل اذا رغب في امرأة قال لها : اتمتع بك مدة كذا ... بكذا من المال . وعلى ذلك فصورة عقد المتعة ان يقول لها : اتمتع بك مدة كذا بكذا من المال .

فلما جاء الاسلام رخص النبى ﷺ في المتعة في بعض غزواته لما اشتدت حاجة الناس اليها مع العزوبة . فعن سلمة بن الأكوع قال : « رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس (٢) في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها » رواه مسلم .

وقد روى نسخ المتعة في ستة مواطن بعد الترخيص بها ، آخرها حجة الوداع ، وثبت ذلك بطريقة تصل حد التواتر ، فنسخ المتعة في حكم المتواتر ، وعليه جماهير المسلمين سلفا وخلفا . قال البخارى : بين على رضي الله عنه عن النبى ﷺ ان نكاح المتعة منسوخ . كما اخرج ابن ماجة عن عمر باسناد صحيح انه قال في خطبة له « ان الرسول ﷺ اذن لنا في المتعة ثلاثا ثم حرمها . والله لا أعلم أحدا تمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة » . فهو قد اعطى المتعة حكم الزنى . لذلك قال ابن رشد : ان الاخبار تواترت بتحريم المتعة(٣) .

---

(١) محمد ابو زهرة ٤٣ - ٤٥ وتمام الحجج فيه فليرجع له من شاء .

(٢) أوطاس : بفتح الهمزة وسكون الواو ، واد بديار هوازن كانت فيه غزوة بعد الفتح .

(٣) سبل السلام جزء / ٣ ص ١٧٧ - بداية المجتهد ونهاية المقصد جزء / ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ .

وقد قال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ببطلان نكاح المتعــة أصــلا لنهى الرسول ﷺ عنه ، ولأنه لم يكن زواجا باجماع المسلمين حتى عند من اجازوه • وقد قال تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون ، الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » • والمعقود عليها في المتعة ليست زوجة باتفاق الجميع ، حتى عند من يقولون بالمتعة ، فليس لها عندهم حقوق الزوجة من نفقة وارث(١) •

وقد قال صاحب سبل السلام في تعريف المتعة وبيان اهم احكامها ، نقلا عن كتب الشيعة الامامية : « انها النكاح المؤقت بامد معلوم أو مجهول ، وغايتـه الى خمسة واربعين يوما ، وان النكاح يرتفع بانقضاء المؤقت في منقطعة الحيض ، وبحيضتين في الحائض ، وباربعة اشهر وعشر في المتوفى عنها زوجها • وحكمه : أن لا يثبت لها مهر غير المشروط ، ولا تثبت لها نفقة ، ولا توارث ، ولا عـــدة ، الا الاســتبراء بما ذكر ، ولا يثبت به نسب ، الا ان يشترط ، وتحـرم المصاهرة بسببه »(٢) •

---

(١) الشيعة الامامية الاثنا عشرية خالفوا جمهور الفقهاء وقالوا بحـل المتعة • وروى عن ابن عباس انه احل المتعة في مثل الحال التى اباحها الرسول ﷺ اولا • وقد احتج المبيحون بخبر الحل ، وبقوله تعالى «فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن » • ورد الاستدلال بان موضوعها الزوجات •

ومما رد به المـانعون قول عمر رضي الله عنه : « لا أعلم احدا تمتع وهو محصن الا رجمته بالحجارة » وقوله لابن عباس : « انك تائه • ان النبى ﷺ نهى عن متعة النساء » وروى عن ابن عباس انه كف عن الافتاء بالحل (محمد أبو زهرة ص ٤١ ، ٤٢ ، هامش رقم ٢ ص ٤١) •

والناس من عامة وخاصة في جميع الأزمان لا يفرقون بين المتعة والزنى • روى أن المـأمون في خلافته أمر أن ينادى بتحليل المتعة فدخل عليه ، فيمن دخل، يحيي بن أكثم فخلا به وخوفه من الفتنة وذكر أن الناس يرونه قد أحـدث في الاسلام بهذا النـداء حدثا عظيما يثير العامة والخاصة ، اذ هم لايفرقون بين النداء باباحه المتعة والنــداء باباحة الزنى • وبذلك تمكن من صرف المامون عن عزيمته •

(٢) سبل السلام جزء / ٣ ص ١٦٦ •

٢٩ - واما النكاح المؤقت : فهو الذى يكون بلفظ من الفاظ الزواج ، لكن يقترن بصيغته ما يدل على تأقيته بوقت محدود ٠

والجمهور على بطلان النكاح المؤقت ، لانه متعة أو في معنى المتعة ، فيأخذ حكمهـا ٠

وزفر لا يبطل النكاح المؤقت ، بل يصح عنده ٠ ويلغو شرط التأقيب ، لانه شرط فاسـد ، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة (١) وسـواء أخذ بمـا عليه الجمهور أو برأى زفر فانه لا يقوم زواج مؤقت اذهو في الرأى الأول باطـل وفي الثانى صحيح مؤبد ٠

---

(١) تنص المـادة ٥٥ من قانون حقوق العائلة على أن : « نكاح المتعـة والمؤقت فاسد » ٠

المبحث الثـانى

شروط الـــزواج

٣٠ ـ شروط الزواج قد تكون شروط انعقاد ، وقد تكون شروط صحة ، وقد تكون شروط نفاذ ، وقد تكون شروط لزوم .

فشروط انعقاد الزواج هى تلك الشروط التى لا ينعقد الزواج الا بهـا فيجب ان تتحقق عند انشائه ، فاذا تخلف احدها فان العقـد لا يكون له وجود شرعى فلا يترتب عليه اى حكم من احكام العقـد .

والمـراد بشروط الصحة الشروط التى بدونها لا يكون العقد موجـودا وجودا يعتبره الشارع وتترتب عليه احكام العقد .

والمـراد بشروط النفاذ الشروط التى بدونها لا ينفذ العقد على كـلا العاقدين ، ويظل موقوفا حتى يجيزه من له حق الاجازة فينفذ .

اما شروط اللزوم فهى التى لا يكون العقد لازمـا بالنسبة لكل من طرفيه الا بوجودها . فاذا لم تكن متوافرة أو بعضها يكون هناك حق فسخ العقد .

المطلـب الأول

شروط انعقـاد الزواج

٣١ ـ من هذه الشروط :

١) ان يكون كل من العاقدين مميزا ، فان كان احدهما فاقد الأهليـة بان كان صغيرا غير مميز أو مجنونا أو معتوها غير مميز فان العقد لا ينعقـد بعبارته فهى ملغاة لا اثر لها اذ عقد الزواج كغيره من العقـود يتطلب الارادة والرضا من العاقد وهذا لا يتوافر الا مع التمييز ، وهو منعدم هنا .

ويستوى في هذا ان يعقد العاقد لنفسه أو لغيره .

وناقص الأهلية يصح عقده الزواج بالنيابة عن غيره ٠٠اما عقده لنفسه فموقوف على اجازة من يملك الاجازة ٠

وكامل الأهلية يصح عقده عن غيره ولنفسه ٠

والسفيه يعتبر في الزواج كامل الأهلية فالحجر عليه لا مدخل له في الزواج وآثاره ٠

٢) وان يتحد مجلس الايجاب والقبول ٠ فلو تفرقت المجالس بعد حصول الايجاب وقبل القبول فان الايجاب يبطل ٠

وليس المقصود باتحاد المجلس حصول القبول عقب الايجاب بل اتحاد المجلس يتحقق وان طال مجلس العقد ما دام لم يفصل بين الايجاب والقبول ما يدل على الاعراض عن الايجاب ٠ فاذا حصل الاعراض عن الايجاب فهو قاطع له ٠ فلو حصل القبول بعد هذا الاعراض فانه لا يصادف ايجابا قائما لكى يحصل من تلاقيهما العقد ٠ وقد يكون الاعراض بالفصل بكلام اجنبى وان لم تفترق الابدان ، وقد يكون بترك المجلس لامر لا علاقة له بعقد الزواج ٠

والعبرة في الانعقاد برسالة رسول أو بكتاب مكتوب انما تكون بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب المكتوب ٠

٣) الا يرجع الموجب عن الايجاد قبل القبول فان حصل الرجوع عن الايجاب قبل فان القبول فان القبول لا يصادف ايجابا قائما حتى ينعقد بتلاقيهما عقد الزواج ٠

٤) ان يوافق القبول الايجاب ، فاذا خالفه لا ينعقد الزواج (١) ٠

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٣٦ وما بعدها - عمر عبد الله ص ٤٩ وما بعدها ٠

المطلـب الثانى

شروط صحة الـــزواج

٣٢ - يشترط لصحة عقد الزواج توافر شرطين : احدهما الشهادة عليه ، والثانى كون المـرأة محـلا للزواج ممن خطبها ٠ وهنـاك في القانون اللبنـانى شرط بلوغ سن معينة ٠

٣٣ - اما الشرط الأول

فهو الشـــهادة على الزواج ٠

ودليل ذلك قول الرسول ﷺ أ « لا نكاح الا بشـــهود » وقوله عليه الصلاة والســـلام « اعلنوا النكاح ولو بالدفـ » ٠

وانما اشترطت الشهادة في عقد الزواج دون ســائر العقود لخطره ولعظيم شرفه ولمـا يبنى عليه من آثار ونتائج هـامة ، من نفقة ونسـب وارث وغير ذلك ٠ ولان بالشهادة يتحقق الاعلان في هذا العقد ، والاعلان مأمور به للحـديث السابق ، وهو قول الرســول ﷺ : « اعلنوا النكاح ولو بالدفـ » ٠ فبالاعـلان ترتفع الشبهات والشكوك ومقالة السوء في العلاقة بين الرجل والمرأة بالزواج ٠ وهذا امـر يحرص عليه الاســلام الحرص كله ٠

٣٤ - ويشترط في الشـــهادة :

١) ان تكون برجلين أو برجل وامرأتين ٠ وذلك لنص القرآن الكريم : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، ان تضل احداهما فتذكر إحداهما الاخرى »[١] فـــلا تصـــح شهادة رجل واحد ، ولا شـــهادة رجل وامرأة واحـــدة ، ولا شـــهادة

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٢ ٠

النســاء وحدهن ، مهمــا كان العدد ، لأن شهادة النساء وحدهن لا تــكفى الا في أحــوال مستثناة ليس عقــد الزواج منهــا ، ولأن الشهادة في هــذا العقــد للاعلان ، والاعلان لا يتم على الوجه الصحيح بشهادة النســاء وحدهن ٠

٢) كما يشترط فيها البلوغ والعقــل والحرية وذلك لخطر هــذا العقد فلا يناسبه أن تكون الشــهادة عليه من الصغير أو المجنون أو العبد ولأن الشهادة من باب الولاية وهؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم فاولى الا تــكون لهم ولاية على الغــير(١) ٠

٣) ويشترط في الشــهادة أيضا ان يســمع الشــاهدان كلام العــاقدين ويفهمــاه لأن بغير ذلك لا يتحقق الاعــلان المقصــود من الشــهادة ٠ وعلى ذلك فلا تصــح شــهادة الأصم ولا النائم وقت العقــد ، ولا الســكران الذى لا يعى ما يقــال ولا يستطيع بعد افاقته تذكر ما سمع وقت العقد ٠

٤) ويشــترط في شهود الزواج أيضــا الاســلام ، وذلك في الزوجين المسلمين باتفاق أقوال الفقهــاء ، لأن الشــهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ٠

وفي زواج المسلم بالكتابية اختلفت الأقوال : فابو حنيفة وأبو يوسف يصححــان العقــد بشــهادة الكتابيين ، ومحمــد وزفر ومعهما الشــافعى لا يصححونه بشهادتهم ٠ وقد احتج المجيزون بأن الشــهادة هنا شــهادة على المرأة ، وهى كتابية وشهادة الكتابى على الكتابية تجــوز ٠ كما ان الكتابى اذا كان وليا على الكتابية يجوز ان يعقد عنها فله الشهادة من باب أولى ، اذ من يقــوم بالركن أولى به القيــام بالشرط ٠ واما المانعون فعندهم ان العقــد بين

---

(١) مذهب أحمد يجيز شهادة العبد لعدم وجود كتاب ولا سنة تنفيها ٠
(محمد أبو زهرة ص ٤٨ وهامشها رقم ٣) ٠

مسلم وكتابية فشهادة الكتابى عليه تعتبر شهادة على مسلم وغير مسلم ، وهذا لا يجوز ، لأن فيه ولاية على المسلم وهى ممنوعة على غير المسلم[١] ٠

وقد يبدو للوهلة الأولى في بعض الصور ان الشاهد في عقد الزواج واحد وانه صحيح مع ذلك ، لكن عند امعان النظر لا يكون في الأمر خروج على القواعد ٠

وصورة ذلك أن يعقد العقد بالوكالة بالنسبة لأحد العاقدين في حضور الأصيل أو الولى الذى وكله ، فان الموكل يعتبر هو الذى باشر العقد وان كان التعبير قد حصل من الوكيل ٠ ويكون المعبر شاهدا يكمل نصاب الشهادة ان احتاج الأمر ذلك ٠ ومثال ذلك ان يزوج الأب ابنته البالغة العاقلة في حضورها باذنها ورضاها وحضور شاهد واحد ، فان الأب هنا يعتبر شاهدا مع الشاهد الحاضر فيكمل نصاب الشهادة في العقد ويصح ، وتعتبر البنت هى التى باشرت العقد ٠ ولا يمنع من ذلك كون التعبير من الأب[٢] ٠

٣٥ ـ حكم الاتفاق على كتمان الشهادة :

اذا تراضي الشاهدان على كتمان العقد فهل يعتبر مع ذلك صحيحا ٠ وبعبارة اخرى هل تكفى الشهادة المذكورة لكي يكون العقد صحيحا أم يجب أيضا الاعلان ؟ ٠٠

اختلفت الاراء في هذه المسألة :

١) فابو حنيفة وفريق من الفقهاء منهم الشافعية والمشهور عند أحمد ، وكذلك الشيعة ٠ على ان الشهادة وحدها تكفى ولو لم يحصل اعلان ، حتى

---

(١) ابن عابدين ج / ٢ ص ٢٩٧ ـ محمد أبو زهرة ص ٤٦ وما بعدها ـ عمر عبد الله ص ٥٩ وما بعدها ٠

(٢) الشهادة بين الفروع والأصول جائزة في الزواج لأنها هنا للاعلان لا للاثبات ٠ والاعلان يتحقق بالشهادة ولو كانت من الأصول أو الفروع ، ولا محل لرد شهادتهم بسبب التهمة ، لأن الأمر هنا ليس أمر اثبات ، بل أمر اعلان كما قدمنا ٠

ولو حصل بين الشاهدين التواصي على الكتمان . ودليل ذلك ما استفاض من الأخبار من اشتراط الشهود وتعيينهم وحدهم طريقا للاعلان . من ذلك قول الرسول ﷺ : « لا نكاح الا بشهود » . والشارع باشتراط الشهادة قد جعلها وسيلة للاعلان . فاذا حصلت الشهادة اجزأت ولو لم يحصل اعلان . وبالعكس اذا حصل الاعلان ولم تحصل الشهادة لا يصح العقد .

٢) والمشهور عند مالك ان الشهادة ليست شرطا لانشاء العقد وصحته ابتداء ، بل هي شرط انتهاء عند الدخول ، أو بمعنى اخر هي شرط لحل الدخول وترتب اثار العقد . وقد قال ابن رشد : انها شرط تمام يؤمر به عند الدخول وليست شرط صحة يؤمر به عند العقد .فالاعلان هنا يجب توافره لانعقاد العقد . اما الشهادة فواجبة لترتيب الاثار على العقد .

٣) وهناك قول آخر في مذهب مالك ، وهو قول ايضا في مذهب أحمد ، ومقتضاه انه لا تشترط الشهادة لصحة الزواج ، لا في الابتداء ، ولا في الانتهاء عند الدخول ، بل الشرط هو الاعلان ، فيجزىء متى حصل باية وسيلة(١) .

٣٦ - واما الشرط الثاني :

فهو ان تكون المرأة محلا للزواج من العاقد المعين الذى يريد الزواج بها . وعلى ذلك فان الزواج لا يصح اذا كانت محرمة عليه حرمة مؤبدة كاخته أو

---

(١) المبسوط جزء / ٥ ص ٣٠ وما بعدها - البدائع جزء / ٢ ص ٢٥٢ وما بعدها - فتح القدير جزء / ٢ ص ٣٥١ وما بعدها .
وكذلك نهاية المحتاج جزء / ٦ ص ٢١٣ وما بعدها .
والشرح الكبير وحاشية الدسوقى جزء / ٢ ص ٢٢٠ ، ٢٢١ . - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جزء / ٢ ص ١٧ .
وكشاف القناع جزء / ٣ ص ٣٧ ، ٣٨ .
والمحلى لابن حزم جزء / ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .
ومن كتب الشيعة : البحر الزخار جزء / ٣ ص ٢٣ وما بعدها - الروض النضير جزء / ٤ ص ١٧ ، ١٨ .

عمته أو خالته ٠ وكذلك اذا كانت محرمة عليه تحريمـا مؤقتـا كزوجة الغـير أومعتدته ، والخامسة على أربع في عصمته(١) ٠

ونكتفى هنا بهذا القدر ، وسنعود للكلام عن المحرمات في الزواج تفصيلا فهذا أمر له خطره ٠

شروط بلوغ سن معينة في القانون اللبناني :

٣٧ ـ تنص المادة الرابعة من قانون حقوق العائلة اللبنانى على انه : « يشترط لان يكون الخاطب حائزا أهلية النكاح ان يتم السنة الثامنة عشر ، والمخطوبة ان تتم السنة السابعة عشرة من العمر » ٠

وتنص المادة الخامسة على انه : « اذا راجع المراهق الذى لم يكمل السنة الثامنة عشرة من العمر وبين انه بلغ فللحاكم ان يأذن له بالزواج اذا كان حاله يتحمل ذلك » ٠

وتنص المادة السادسة على انه : « اذا راجعت المراهقة التى لم تتم السنة السابعة عشرة من العمر وأدعت انها بلغت فللحاكم ان يأذن لها بالزواج ان كان حالها يتحمل ذلك واذن وليها » ٠

---

(١) المقصود بكون المرأة محلا للزواج بالعاقد المعين الذى يريد الزواج بها هى المحلية النسبية ، وهى كون المرأة محلا للعقد بالنسبة للعاقد المذكور ٠

اما كون المرأة محلا للزواج ، بمعنى ان تكون امرأة محققة الأنوثة ، فهذه هى المحلية الطبيعية أو المطلقة ٠ وهى بهذه المثابة من شروط الانعقـاد لا من شروط الصحة «(عمر عبد الله ص ٥٠ ، ٥٨ ـ ٥٩ وهامش رقم ١ بصفحة ٥٩)»٠

وعلى كل حال فان التفرقة بين شروط الصحة مفيـدة بالنسبة لعقـود المعاملات المالية ، لأن في هذه يقرر المذهب الحنفى تفـرقة جوهرية بين باطل العقود وفاسدها ، فانه اذا تخلف شرط الانعقاد كان العقد لا وجود له ، وان تخلف شرط الصحة كان للعقد وجود ، ولكنه يعتبر عقدا فاسدا ٠

اما في النكاح فان المقرر عند كثير من الاحناف انه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، ففاسده باطل وباطله فاسد ، لان الشارع لا يعترف لكليهما بوجود (محمد ابو زهرة ص ٥١ ، ٥٢) ٠

ملحوظة : (١) نصت المـواد من ١٣ حتى ١٩ من قانون حقـوق العـائلة على الممنوع نكاحهن ٠

وتنص المادة السابعة على انه « لا يجوز لاحد اصلا ان يزوج الصغير الذى لم يتم السنة السابعة عشرة من العمر والصغيرة التى لم تتم السنة التاسعة من العمر » ٠

٣٨ ـ ومعنى هـذه النصوص بالنسـبة للذكر انه ابلغ الثامنة عشرة من عمره فانه يكون حائزا أهلية النكاح ، وهذه السن هى سن كمال الأهلية في القانون اللبنانى (المادة ٢١٥ من قانون الموجبات والعقود) ٠

وفي الفترة بين بلوغ سن السابعة عشرة والثامنة عشرة ، اذا رغب المراهق في الزواج وبين البلوغ فان الحاكم له ان يأذن له بالزواج ان كانت حالته تتحمل ذلك ٠ فالزواج هنا لا يكون للمراهق ان يقوم به مباشرة من تلقـاء نفسه بل يجب ان يـكون قد بلغ ، والبـلوغ يكون اثباته ببيان الراغب في الزواج اذا كانت حالته تتحمل ذلك ٠ والاذن هنا جوازى ومنوط بان تسـمح حال الطالب بالزواج ٠

وفي الفترة السـابقة على سن السـابعة عشرة لا يكون للصغير ان يزوج نفسـه وليس لاحد اخر من حاكم أو غيره ان يأذن بزواجه ، فأهليته للزواج منعدمة (المادة السابعة المذكورة) ٠

وبالنسبة للصغيرة يجب لكى تكون عندها أهلية النكاح ان تتم السابعة عشرة من عمرها ، فاذا بلغت هـذه السن اكتملت عندها هذه الأهليـة ٠ لكن يلاحظ انه يجب لكى تتزوج الا يعترض الولى على زواجها بمن تريد الزواج منه ، فاذا لم يعترض او لم يعتبر الحاكم هذا الاعتراض فانه يأذن بزواجها ٠ وعلى ذلك تنص المادة الثامنة من قانون حقوق العائلة فهى تقـول : « اذا طلبت الكبيرة التى اتمت السابعة عشرة من العمر ان تتزوج بشخص فالحاكم يبلغ ذلك لوليها واذا لم يعترض الولى أورؤى ان اعتراضه غير وارد يأذن بزواجها» ٠

وفي الفترة بين سن التاسعة والسابعة عشرة إذا ارادت المراهقة الزواج وادعت البلوغ فان الحاكم يأذن لهـا بالزواج اذا توافر شرطان : **الأول** : ان

تتحمل حالها ذلك · **والثاني :** ان يأذن الولى · وهذا الشرط الأخير موجود في الصغيرة دون الصغير لكنهما يشتركان في الشرط الاول على ما مر بيانه · ومعناه ان يحصل البلوغ ، وهو يكون بادعاء الصغير او الصغيرة اذا كان حال كل مهما يسمح بذلك (المادتان السادسة والسابعة) ·

وفي الفترة السابقة على سن التاسعة لا يكون لدى الصغيرة أهلية للنكاح أصلا ، فليس لها الزواج لا بأذن الحاكم ولا بأذن الولى (المادة السابعة) ·

٣٩ ـ ويخلص مما تقدم ان بلوغ سن معينة شرط في الزواج فاذا لم يتوافر هذا السن وحصل الزواج ، كأن يتزوج الصغير الذى دون السابعة عشرة او الصغيرة التى دون التسع سنوات · او يتزوج الصغير بين السابعة عشرة والثامنة عشرة دون اذن الحاكم ، او تتزوج الصغيرة بين التاسعة والسابعة عشرة دون اذن الحاكم والولى · ففى كل هذه الحالات يكون الزواج فاسدا ·

والذى يؤيد ذلك نص المادة ٥٢ من القانون المذكور فهى تقول : « اذا كان احد الطرفين غير حائز شروط الاهلية حين العقد فالنكاح فاسد » ·

المطلب الثالث

شروط نفاذ عقد الزواج

٤٠ ـ اذا استوفي عقد الزواج شروط انعقاده وشروط صحته فقد انعقد صحيحا · لكن يجب لكى يكون نافذا فتترتب عليه آثاره على العاقدين ان تكون للعاقد ولاية في انشاء عقد الزواج ·

٤١ ـ وتكون ولاية الانشاء متوافرة اذا كان كل من العاقدين حرا بالغا عاقلا يعقد لنفسه ، فهنا بمجرد توافر شروط الانعقاد وشروط الصحة يكون العقد نافذا فتترتب عليه آثاره بالنسبة للعاقدين في الحال ·

وقد لا يعقد الشخص لنفسه ولكن لغيرة ، وتكون ولاية الانشاء متوافرة لديه ، وهذا يكون فيمن يعقد لغيره بصفة كونه وكيلا عنه ، وفيمن يعقد لغيره بصفته وليا عليه . فكل من الوكيل والولى له سلطة شرعية في الانشاء اذ توجد انابة بحكم الشرع ، وذلك في الولاية ، او بالتوكيل ، وذلك في الوكالة فاذا كان العاقد نيابة عن غيره بالولاية او بالوكالة كامل الاهلية فان العقد يكون نافذا فتترتب اثاره على العاقدين في الحال .

ومن ناحية أخرى لا يكون العقد نافذا ويعتبر موقوفا على اجازة من له الاجازة اذا كان أحد الزوجين أو كلاهما ناقص الاهلية ، بأن كان معتوها مميزا أو صبيا مميزا ، وللولى عقد زواجه بنفسه او بوكيله ، فالعقد هنا صحيح لكنه موقوف على اجازة من له حق الاجازة ، فان أجازه نفذ ، والا بطل من أول الامر .

والذى قيل في ناقص الاهلية يقال في الذى يعقد عن غيره من غير انابة من ولاية أو وكالة . فانه يكون فضوليا يصح عقده ، لكن يتوقف على اجازة من له الاجازة لكى ينفذ . ويلاحظ ان الوكيل اذا تجاوز حدود الوكالة كان فضوليا فيما تجاوز فيه ، والولى المتأخر لا ينفذ العقد بانشائه لكن يتوقف على اجازة الولى المتقدم عنه كالاخ مع وجود الأب المستجمع لشروط الولاية ، فالولى المتأخر هنا يأخذ حكم الفضولى .

٤٢ - وفي مقام الكلام عن شروط النفاذ نذكر ان السفيه ومثله ذو الغفلة ، لا يتوقف عقد زواجهما على الاجازة بل هو نافذ مثل عقد البالغ الرشيد تماما . فالسفه والغفلة الحجر فيهما موضوعه في التصرفات المالية لا الشخصية .

٤٣ - ونذكر أيضا ان المرأة في مذهب أبى حنيفة وفي رواية عن أبى يوسف لها كل الولاية في أمر زواجها ما دامت بالغة عاقلة ، ويصح العقد بعبارتها وينشأ وان كان الاحب لها ان توكل عنها في زواجها وليها . ولكن

الجمهور على ان المرأة ليس لها ان تزوج نفسها بنفسها ، وان العقد لا ينشأ بعبارة النساء ، وان كان ليس له عليها اجبار ، فهو يشترك معها في اختيار الزواج ويباشر العقد عنها ، وسنعود لتفصيل ذلك مستقبلا (١) ٠

المطلب الرابع

شروط لزوم الزواج

٤٤ — معنى لزوم عقد الزواج الا يكون لاحد الحق في فسخه ٠ فيشترط في عقد الزواج لكى يكون لازما الا يكون لاحد ان يفسخه ٠

وفيما يلى نبين متى يكون الفسخ ومتى لا يكون :

١) اذا زوج الرجل الكامل الاهلية نفسه بنفسه أو بوكيله فان الزواج يلزم ما دام قد استوفي شروط الانعقاد وشروط الصحة ٠ ولا يكون له ان يطلب فسخ هذا الزواج ٠

٢) واذا زوجت المرأة نفسها وكانت كاملة الاهلية ولم يكن لها ولى عاصب واستوفي العقد شروط الانعقاد وشروط الصحة فانه يلزم ولا يكون لها ان تطلب فسخه ، ولو كان زواجها من غير كفء أو بدون مهر المثل ٠

واذا تزوجت من غير كفء لها أو من كفء بدون مهر مثلها وكان لها ولى عاصب ولم يرض بذلك فان العقد لا يكون لازما بالنسبة له ويكون له حق طلب فسخه ٠ ومتى ثبت لدى القضاء ما يدعى حكم بالفسخ مراعاة لحق الولى (٢) ٠

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٥٣ ٠

(٢) عمر عبد الله ص ٦٩ ، ٧٠ ٠ وبه كذلك ان كون الكفاءة شرط لزوم هو ظاهر المذهب ٠ وعلى رواية الحسن بن زياد عن ابى حنيفة ، وهى المختارة للفتوى، انها تعتبر شرطا لصحة الزواج ٠ وفي رواية انها شرط نفاذ فاذا لم تتحقق =

٣) اذا كان احد الزوجين أو كلاهما فاقد الاهلية أو ناقصها وتولى زواجه الولى ، فان كان الولى هو الاب أو الابن أو الجد فان العقد يلزم ولا يكـون لفاقد الاهلية أو ناقصها عند زوال سبب الولاية عليه طلب فسخه . اما اذا كان الولى غير هؤلاء الذين ذكروا ، وكانت الكفاءة بين الزوجين متوافرة ، وكان المهر مهـر المثل فان العقد يكون صحيحا نافذا غير لازم . ويكون لناقص الاهلية أو فاقدها عند زوال السبب طلب الفسـخ . ولهذا الامر فضـل بيـان يذكر في موضعـه .

٤) واذا شاب العقد تغرير بالزوجة بالنسبة للكفاءة ، بان انتسـب مثلا لغير نسبه فتزوجته على ذلك ، وتبين بعد ذلك نسبه الحقيقى وانه دونهـا نسبا ، فان الزوجة يكون لها حق طلب فسخ العقد لعدم الكفاءة ، ويكـون الفسخ ايضا لاوليائها لتضررهم من ذلك .

واذا كان التغرير في النسب لا يؤدى الى نقص في كفاءة الزوج ، بان ذكر لها نسبا ثم تبين خلافه مع ان هذا النسب الحقيقى لا يؤدى لنقص في كفاءته فان لها مع ذلك طلب الفسخ عند فقهاء الحنفية لان الرضا لم يتم من ناحيتها على اساس صحيح . واما اولياؤها فليس لهم طلب الفسخ هنا لان الزوج يساويهم في النسب . وقد خالف زفر في هذه المسألة فقال ان الزوجة ليس لها طلـب الفسـخ (١) .

= كان العقد موقوفا على اجازة الولى فان اجازه نفذ والا بطل (فتح القدير ج/٣ ص ١٥٧) .

(١) المبسوط جزء / ٥ في باب الاكفاء ـ فتح القدير جزء / ٣ ص ١٨٨ ـ الدروابن عابدين جزء / ٢ ص ٣١٢ وما بعدها .

الفصل الرابع

المحرمات من النســاء

٤٥ ـ اشرنا في صدر الكلام عن شروط عقد الزواج للمحرمات من النساء وهنا نفصل الكلام في هذا الامــر ٠

المــرأة بالفطرة محل للزواج ، لكنها قد لا تكون محلا للزواج من شخص بعينه ، فتكون محرمة عليه هو ٠ ونحن نتكلم عن المحرمات من النساء على هــذا الأســاس ٠

٤٦ ـ والتحريم قد يكون مؤبدا وقد يكون مؤقتا ٠

فهو قد يكون مؤبدا اذا كان سببه صفة لازمة للمــرأة غير قابلة للزوال ٠ ومن ذلك الامومة والاخوة ٠

وقد يكون التحريم مؤقتا ، وهذا اذا كان سببه امرا قابلا للزوال فتبقى محرمة على الشخص المعين ما بقي سبب التحريم ، فاذا زال زال معه التحــريم وتحل له ٠ ومن ذلك ان تكون المــرأة زوجة للغير أو معتدة له أو مشركة ٠

وفيما يلي نبين المحرمات مؤبدا ثم المحرمات مؤقتا :

المبحث الأول

المحرمات على سبيل التأبيد

٤٧ - المحرمات على التأبيد ثلاثة ، : محرمات بسبب القرابة ، ومحرمات بسبب المصاهرة ، ومحرمات بسبب الرضاع ٠

المطلب الأول

المحرمات بسبب القرابة

٤٨ - يقول تعالى « حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت » (١) ٠

ومن هذه الآية الكريمة يبين ان المحرمات بسبب القرابة القريبة اى قرابة الرحم المحرمية اربعة انواع من النساء هن :

٤٩ - (١) اصول الشخص من النساء وان علون :

وهن امه وجداته من جهة ابيه أو من جهة امه لانه جزؤهن ٠ اما امه فالتحريم ظاهر من النص المذكور ٠ واما الجدات فالتحريم بالنسبة لهن ثابت ايضا من عبارة النص المذكور لان الام معناها لغة الاصل والجدات اصول ٠ والقرآن الكريم يطلق الام ويريد الاصل وذلك ظاهر في قوله تعالى : « وعنده ام الكتاب » ٠

وفوق العبارة فتحريم الجدات ثابت من دلالة النص ايضا ، لان الله تعالى حرم العمات والخالات فالجدات اولى بالتحريم ، لان الجدات طريق اتصال العمات والخالات بالشخص ، فيفهم تحريمهن بدلالة النص ٠

---

(١) سورة النساء ، آية رقم ٢٣ ٠

وتحريم الجدات يثبته ايضا الاجماع ، لان الاجماع منعقد على تحريمهن اعتمادا على الآية الكريمة المذكورة ٠

٥٠ - (٢) فروع الشخص من النساء :

وهن بناته وبنات اولاده وان نزلن ، يستوى في ذلك بنت الابن وبنت البنت ٠ وتحريم البنت ثابت بعبارة النص آنف الذكر ٠ وتحريم بنات الابن وبنات البنت وان نزلن ثابت ايضا بهذه العبارة لان المراد بالبنات في هذا النص : الفروع من النساء ، وكلمة البنت تطلق لغة على كل فرع من النساء وفضلا عن ذلك فان بنات الابناء وبنات البنات تحريمهن ثابت بدلالة النص المحرم لبنات الاخ ولبنات الاخت ، والنص المحرم للعمات والخالات ٠ وزيادة على ذلك فتحريم بنات اولاد الشخص ثابت بالاجماع ثبوت تحريم الجدات على ما تقدم ذكره (١) ٠

وفي هذا المقام نقول ان البنت التى نفاها الزوج وانتفت منه باللعان والحقت بامها لا يحل له نكاحها مع ذلك مع انه ليس بينها وبينه نسب ولا قرابة بحكم القضاء ٠ والسبب هو انها قد تكون ابنته حقيقة ، وقد يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه ٠

٥١ - (٣) فروع الابوين :

والمقصود الاخوات سواء اكن لابوين أو لاب أو لام ، وفروعهن وان نزلن٠ اما بالنسبة للاخوات وبنات الاخ وبنات الاخت فتبوت حرمتهن بالنص المذكور٠ وبنات بنات الاخ وبنات بنات الاخت وان نزلن ثبت التحريم فيهن بدلالة النص فضلا عن الاجماع ٠

---

(١) وبنت الزنا لدى ابى حنيفة واصحابه تحرم على من زنى بامها فانتجها ، لانها بنته حقيقة وصلة الدم ثابتة فيثبت التحريم تبعا لذلك ٠ وقد خالف الشافعى وقال ان القرابة التى تكون من سفاح لا تحرم النكاح وانما الذى يحرم النكاح هو القرابة التى منشؤها النكاح ، لانها هى المثبتة للنسب شرعا دون غيرها (محمد ابو زهرة ص ٥٩ ، ٦٠ - عمر عبد الله ص ٩٦) ٠

٥٢ ـ (٤) فروع الاجداد وفروع الجدات :

وذلك بشرط ان ينفصلن بدرجة واحدة وعلى ذلك فالمقصود هنا : عمات الشخص وخالاته لابوين أو لاب أو لام ، وعمات اصله وخالاته كذلك ٠ فعمات الشخص وخالاته محرمات عليه مهما تكن درجة الجد والجدة ٠

اما بنات الاعمام وبنات الاخوال وبنات الخالات وبنات العمات وفروعهن فانهن غير محرمات على الشخص ، اذ المحرم من فروع الاجداد والجدات من ينفصل عن الاصل بدرجة واحدة ٠ والسبب في عدم التحريم هنا هو عدم ذكر هؤلاء في الآية آنفة الذكر فيحل التزوج بهن لان الله تعالى بعد ما ذكر المحرمات من النساء قال : « واحل لكم ما وراء ذلكم » ٠ ولقوله تعالى : « يأيها النبى انا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن، وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك، وبنات عمك ، وبنات عماتك ، وبنات خالك ، وبنات خالاتك اللاتى هاجرن معك »(١) ولم يقم دليل على ان هذه الاحكام خاصة بالنبى ﷺ ، فهى اذن لامته أيضا ، وهذا أصل ثابت في الاسلام(٢) ٠

---

(١) سورة الاحزاب ، آية رقم ٥٠ ٠

(٢)عمر عبد الله ص ٩٢ وما بعدها ـ محمد أبو زهرة ص ٥٩ وما بعدها ٠

ملحوظة : نصت المادة ١٧ من قانون حقوق العائلة على ان : « تزوج النساء ذوات الرحم المحرم برجل بينه وبينهن **قرابة نسبية ممنوع** ابدا ٠ والنساء المذكورات أربعة اصناف : **الأول** : ام الرجل وجداته ٠ **الثاني :** البنات والحفدة الاناث ٠ **الثالث :** الأخوات وبنات الاخوة والاخوات مطلقا وحفدتهم الاناث ٠ **الرابع :** العمات والخالات مطلقا » ٠

وهذا النص فيه تقنين للفقه في هذه المسألة استنادا على آية المحرمات وقد بين ان حكم القرابة النسبية ذات الرحم المحرم حرمة النكاح حرمة مؤبدة٠ وقد صنف المحرمات في هذا القسم تصنيفا يتفق مع ما اسلفنا ، فلا نعود للكلام فيه ٠

واذا حصل الزواج بمحرمة على الزوج بسبب القرابة ، فان الزواج **يكون** فاسدا طبقا للمادة ٥٤ من القانون آنف الذكر ٠

المطلب الثانى

المحرمات بسـبب المصاهرة

٥٣ ـ قال تعالى : ولا تنكحـوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قـد سلف ، انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا» ۰ وقال جل شأنه في آية المحرمات : « ۰۰۰ وامهات نسائكم ، وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل ابنائـكم الذين من اصلابكم » ۰ فهذه الآية معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » ۰

ومن هذه النصوص يعلم ان المحرمات من النساء بسبب المصاهرة اربعـة انواع وبيانها كالآتى :

٥٤ ـ (١) من كانت زوجة لاصل الشخص : مهما علا هذا الاصل ، ويستوى ان يكون من العصبات مثل ابى الاب ، أو من ذوى الارحـام مثل ابى الام ۰ ويكفى العقد عليها ، فسواء دخل بها الاصل أو لم يدخل فان هـذا بذاته يكفى لكى تكون محرمة حرمة مؤبدة على الفرع وان نزل ۰ والذى يدل على شمول التحريم لزوجة الجد ان اسم الاب يشمل الاجداد مهما بعدوا ، فالمـراد بكلمة الاباء في الآية الكريمة الاصول من الذكور ۰ وقد انعقد الاجماع ايضـا على تحريم زوجات الاجـداد ۰

والنـكاح في الآية المقصـود به مجرد العقد وهذا هو دليل كون مجـرد العقد يكفى للتحريم ۰ وان قيل بان المـراد من كلمة النكاح الدخول فان التحريم بمجرد العقد يكون ثابتا بالاجماع (١) ۰

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٦٢ ، ٦٣ ـ عمر عبد الله ص ١٠٠ ، ١٠١ ، وبه كذلك ان الاصل ان تزوج امـرأة زواجا فاسـدا فان مجرد العقد لا يحرمها على الفرع ، بل يجب لكى تحرم عليه ان يحصل الدخول ، اذ بالدحول في العقد الفاسد تترتب بعض الاثار ومنها حرمة المصاهرة ۰ وبه ايضا ان اصول زوجة الاصل وكذا فروعها غير محرمات على الفرع ۰

٥٥ - (٢) **من كانت زوجة لفرع الشخص** ، ويستوى في ذلك كونه من العصبات مثل ابن الابن ، أو من ذوى الارحام مثل ابن البنت ، وسواء ادخل بها ام لم يدخل ٠

والدليل على تحريم زوجة الابن النص : « وحلائل ابنائكم » ٠ والحليلة هى الزوجة ٠ والدليل على حرمة زوجة ابن الابن أو ابن البنت وان نزل ان اسم الابناء يطلق على الفروع الذكور مباشرة أو بالواسطة فيشمل الابناء وابناء الاولاد ، أو يراد من الابناء كل من يتصل بالشخص بصلة الولاد لان ابناء الاولاد ابناء من باب المجاز ، وفضلا عن ذلك فان الاجماع انعقد على تحريم زوجة الفرع ٠

ودليل التحريم ولو لم يحصل الدخول ان لفظ الحليلة الوارد في الآية الكريمة يصدق على الزوجة ، سواء تم الدخول بها ام لم يتم ٠

وتقييد الآية بعبارة « الذين من اصلابكم » لكى يخرج الابن بالتبنى ٠ فان زوجات الابناء بالتبنى لا تحرم على من تبنوهم ، اذ الاسلام لا يعترف بالنسب بالتبنى [١] ٠

٥٦ - (٣) اصول من كانت زوجة للشخص وان علون :

وهن ام الزوجة وجداتها من جهة ابيها أو من جهة امها وان علون ٠ والدليل على التحريم قوله تعالى : « وامهات نسائكم » ، وهى معطوفة على : « حرمت عليكم امهاتكم » فزواج ام الزوجة محرم بهذا النص ، وحرمة زواج الجدات ثابتة بدلالة النص اذ هن يحرمن من باب اولى ٠ وقد انعقد الاجماع على تحريم كل اصول الزوجة ٠

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامة للمؤلف صفحة ٨٨ وما بعدها في النسب ، وكذلك محمد ابو زهرة ص ٦٣ - عمر عبد الله ص ١٠٢ ، ١٠٣ ٠

والتحريم ثابت هنا بمجرد العقد لان النص مطلق فلم يقيد بحال الدخول كما ورد في قوله تعالى بالنسبة لفروع الزوجة أ « وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » . وعلى هـذا جمهور الفقهـاء .

٥٧ ـ (٤) فروع من كانت زوجة الشخص : وهن بناتها وبنات بناتها وبنات ابنائها وان نزلن .

والدليل على التحريم : قوله تعالي : « وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، هذه معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » . والربيبة هى بنت الزوجة من رجل آخر ، وانما سـميت هكذا لان الزوج يربيهـا . وليس ذكر « في حجوركم » للتقييد بل ان الربيبة تحرم على زوج الام سـواء كانت في حجـره أو لم تكن ، وانما لوحظ في هذا التعبير ان العادة جارية بين الناس ان تكـون بنت الزوجة في حجر زوج الام والذى يدل على ان ذكر الربائب ليس بقيد قوله تعالى : « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » فلم يذكر النص عنـد الحل الحال التى لاتكون فيها الربيبة فى حجر زوج امها ، ومعنى هذا ان المناط فى التحريم هو الدخول فقط .

ودلالة الآية على تحريم بنات الربائب لان اسـم الربائب يشـملهن ، فيكون ثبوت التحريم بالنص ايضا . وقد انعقد الاجمـاع على تحريم بنـات الربائب وان نزلن (١) .

---

(١) تبيين الحقائق جزء / ٢ ص ١٠٢ ـ عمر عبد الله ص ١٠٠ وما بعدها ـ محمد ابو زهرة ص ٦٢ وما بعدها ـ محمد يوسف موسي ص ١٢٣ وما بعدها تنص المـادة ١٩ من قانون حقـوق العائلة ـ على ان : ١١ تزوج النسـاء بالرجل الذى بينه وبينهن مصاهرة ممنوع ابدا . والنساء المذكورات اربعـة اصنافـ :

الأول :زوجات الابناء والحفدة . **الثاني** : امهات الزوجات وجداتهن مطلقـا =

المطلب الثالث

المحرمات بسبب الرضاع

٥٨ - الرضاع والرضاعة في اللغة : مص اللبن من الثدى ·

وشرعا : مص الرضيع اللبن من ثدى المرأة في مدة معينة وهى العامان الاولان من عمره · والرضاع يتحقق ايضا بشرب اللبن من المرأة في المدة آنفة الذكر ، وانما اقتصر الفقهاء على تعريف الرضاع شرعا بانه المص لان هذا هو الغالب (١) ·

٥٩ - وقد ثبت التحريم في الرضاع بالكتاب والسنة والاجماع ·

اما الكتاب فقوله تعالى : « وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » · وهذه الآية نص في تحريم الاصول والاخوات ، ويفهم منها تحريم الباقى بطريق الدلالة ، لان الله تعالى لما سمى المرضع اما وابنة المرضع

=**الثالث** : زوجات الاباء والاجداد · **الرابع** : بنات الزوجات وحفدتهن الاناث ، لكن يشترط في الصنف الرابع لاجل المنع ان يقارب الزوجة ولو كانت المقاربة بنكاح فاسد تحصل المصاهرة الممنوعة ·

وهذه المادة بينت الانواع الاربعة من المحرمات بسبب المصاهرة على ما سبق ذكره ، ونصت على ان هذه الانواع تمنع النكاح منعا مؤبدا ·

والسبب في ذكر ان المقاربة بنكاح فاسد تحصل بها المصاهرة الممنوعة في الصنف الرابع من المحرمات بسبب انه يشترط في هذا الصنف لحصول المنع من المصاهرة ان يكون هناك دخول (مقاربة) ، والنكاح الفاسد اذا كان فيه دخول تحصل حرمة المصاهرة بهذا الدخول ، ومن ثم فانه في الصنف الرابع لا فرق في حكم منع المصاهرة بين كون الدخول قد حصل بناء على عقد صحيح أو عقد غير صحيح ، اذ المناط هنا في حرمة المصاهرة هو الدخول ، وقد حصل فعلا ·

واذا حصل الزواج بالمحرمة بسبب المصاهرة فانه يكون فاسدا تطبيقا للمادة ٥٤ من قانون حقوق العائلة ·

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمؤلف ص ١٥٢ في النسب وكذلك المراجع العديدة بهامش هذه الصفحة - عمر عبد الله ص ١٠٨ ، ١٠٩ ·

اختا فقد نبه بذلك الى انه اجرى الرضاع مجرى النسب ، فيشير النص على الامهات وعلى الاخوات الى الباقى ، لان المحرمات بسبب النسب قسمان : قسم ولاد ، وهو محصور في عمود النسب ، وقسم حواش وهو ما كان غير ذلك من اخ وعم وهكذا ٠ فذكر الام من القسم الاول وذكر الاخت من القسم الثانى فيه تنبيه الى الحكم على الباقى بالتحريم ٠

واما السنة فقد روى ان النبى ﷺ لما طلب اليه ان يتزوح ابنة عمه حمزة قال : « انها لا تحل لى ، انها ابنة اخى من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » ٠ وروى ايضا ان عائشة رضي الله عنها كانت قد رضعت من امرأة ابى القعيس من ولادة منسوبة اليه ، فجاء افلح أخوه يستأذن عليها ، فلم تأذن له ، وقالت: انما ارضعتنى امرأة أخيه ، فلا آذن لم حتى استأذن رسول ﷺ ٠ فلما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ايذنى له فانه عمك » [1] ٠

وقد اتفق الجمهور ايضا على انه يحرم بالرضاع ما يحرم بالمصاهرة ، لان الشريعة الاسلامية لما اعتبرت المرضعة اما للرضيع مثل الام النسبية كانت أم زوجة الرجل رضاعا مثل امها نسبا ، وبنت زوجته رضاعا مثل بنتها نسبا ٠ ولما اعتبرت زوج المرضعة ابا للرضيع والرضيع ابنا له كانت زوجة الاب الرضاعى كزوجة الاب النسبى ، وزوجة الابن الرضاعى كزوجة الابن النسبى ٠

ولهذا اتفق الجمهور على انه يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالمصاهرة ٠ وقرروا قاعدة عامة في التحريم بالرضاع ، وهى : كل من تحرم بالقرابة أو بالمصاهرة تحرم بالرضاع [2] ٠

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٧٠ ، ٧١ - فتح القدير جزء / ٣ ص ٣١٣ ٠
(٢) عمر عبد الله ص ١٠٩ ، ١١٠ ٠
وقد نازع ابن تيمية وابن القيم في ان المرآة التى تحرم بالمصاهرة =

وعلى ذلك فالاصناف الاربعة التى تحرم بالقرابة وكذا الاصناف الاربعة التى تحرم بالمصاهرة تحرم بسبب الرضاع ٠

٦٠ - فيحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب ٠

وعلى ذلك :

١) يحرم على الشخص اصوله من الرضاع ، اى امه رضاعا وجدته رضاعا من اى جهة ، ومهما علت ٠

٢) وكذلك فروعه من الرضاع ، أى بنته رضاعا ، وكذا بنت ابنه رضاعا وبنت بنته رضاعا مهما نزلتا ٠

٣) وفروع ابويه من الرضاع ، اى اخواته ٠ وبنات اخواته وبنات اخوته من الرضاعة مهما نزلن ، ويستوى في ذلك ان يتحد زمن الرضاعة او لا يتحد ، فكل من رضع من امرأة اصبح اخا لاولادها مهما اختلفت اوقات الرضاعة ٠

٤) وفروع الجد والجدة من الرضاع بشرط ان ينفصلن بدرجة واحدة، اى العمات والخالات رضاعا ٠

٦١ - ويحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب المصاهرة ٠

وعلى ذلك :

= تحرم بالرضاع ٠ وسندهما ان القرآن الكريم لم ينص على تحريم الرضاع الا من جهة النسب ، ولم ينبه على التحريم به من جهة المصاهرة مطلقا ، والنبى ﷺ حرم بالرضاع ما يحرم بالنسب فقط (الاختيارات العلمية لابن تيمية ص ١٢٦ - مجموعة فتاوى ابن تيمية جزء / ٤ ص ١٤٩ - زاد المعاد جزء / ٢ ص ٢١٥ ، ٢١٦ - محمد ابو زهرة ص ٧٢ وما بعدها ٠ وقد مال لرأى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم - محمد يوسف موسى ص ١٢٧ ، ١٢٨) ٠

١) يحرم على الشخص اصول زوجته رضاعا ، اى امها وجدتهـا رضاعا وان علتا ، ومن اى جهة كانت الجدة ، ويستوى ان يكون قد دخـل بزوجتـه أو لـم يدخـل ٠

٢) وفروع زوجته من الرضاع ، اى بنتها وبنت بنتها وبنت ابنها مـن الرضاع مهما نزلت اذا كان قد دخل بزوجته ٠

٣) وزجة احد الاصول من الرضاع ، اى زوجة ابيه أو جـده من الرضاع وان لـم يدخل الاب أو الجد بزوجته ٠

٤) وزوجة احـد فروعه من الرضاع ، اى زوجة ابنـه رضاعا ، أو زوجة ابن ابنه رضاعا أو ابن بنته رضاعا ، وان سـفل ، وسـواء اكان قد دخـل بهـا ام لم يدخل (١) ٠

٦٢ ـ شروط الرضاعة المحـرمة :

١) يجب لكى يكون الرضاع محرما ان يحصل في الصغر وهذا هو ما عليه الجمهور ٠ ودليل ذلك ما روى عن الرسـول ﷺ من قوله : « انمـا الرضاعة

---

(١) محمد ابو زهرة ص ٦٩ وما بعدها ٠

وقد اورد مع ذلك بعض حالات تثبت مع النسب علاقة ، ولا تثبت في الرضاع اى علاقة ، خلافا لقاعدة : ان من يحرم من النسب يحرم من الرضـاع ، وان المصاهرة الرضاعية كالمصاهرة النسبية ٠ وقال انه في هذه الاحـوال لا يكون تحريم ، لانه لم توجـد رابطة رضاع أو مصاهرة ٠ فليرجع الى هـذا المرجـع من شاء المزيـد ٠

ملحوظة : مذهب جمهور الفقهاء على ان الرضاع محرم بالنسبة للرجـل الذى هو سبب في ادرار لبن المرضعة ، كما انه محرم بالنسبة للمرضعة ٠ لكن قيل انه لا تثبت الحرمة من الرجل بالرضاع ٠ وقد نقل هذا الرأى عن بعض الصحابة وبعض التابعين ومن هؤلاء : سـعيد بن المسـيب وعطاء بن يسـار والنخعى ، وتبعهم الشـافعى في احـد قوليه ٠

(راجع في هذا وفي حجج الفريقين : فتـح القـدير جزء / ٣ ص ٣١٣ ـ محمد أبو زهرة ص ٧٢ ، ٧٣ ـ عمر عبد الله ، هامش رقم/١ من صفحة ١١١)٠

من المجاعة » ، اى ان الرضاع المحرم هو ما يدفع اليه الجوع وهذا لا يكون الا في الصغر . ومن قوله : « لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم » (١) .

وهذا لا يكون الا في الصغر . ومن قوله : « لارضاع الا ما كان في الحولين » .

وقد حد ابو حنيفة مدة الرضاع بثلاثين شهرا ، وحد الصاحبان والشافعي ومالك هذه المدة بسنتين كاملتين . وهد ايضا مذهب احمد وداود الظاهرى . وذلك بصرف النظر عن الفطام في الرأيين .

استدل أبو حنيفة بقوله تعالى : « حملته امه كرها ، ووضعته كرها ، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » : لان الله تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة وهى ثلاثون شهرا فكانت لكل واحد منهما بكمالها ، كأن يقول الشخص : اجلت الدين الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة فالمفهوم من هذا أن السنة بكمالها مضروبة اجلا لكل من الدينين . والدليل قام على ان مدة الحمل أقل من ثلاثين شهرا ولم يقم الدليل على ان مدة الفصال اقل من ذلك فتبقى كاملة . واما قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة » (٢) فالمراد به ان المدة التى تستحق المرضعة على الارضاع فيها اجرا هى سنتان ، وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة بالحولين .

وقد استدل من قال بالسنتين بقوله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة » (٢) .

فقد جعل الله تعالى تمام الرضاعة بالحولين ، ولا مزيد على التمام . وكذلك بقوله تعالى : « وفصاله في عامين »(٣) .

---

(١) انشز العظم : أى رفعها الى موضعها وركب بعضها على بعضها ومنه قوله تعالى : « وانظر الى العظام كيف ننشزها ثم نكسوها لحما » .

(٢) سورة البقرة ، آية رقم ٢٣٣ .

(٣) سورة لقمان ، اية رقم ١٤ .

٢) ان يحصل الرضاع من لبن امرأة ، فلو حصل من لبن بهيمة فانه لا يحرم ·

٣) ان يحصل التحقق من وصول اللبن الى الجوف بطريق الفم أو الانف · فاذا التقم الرضيع ثدى المرأة ولم يعلم وصول اللبن الى جوفه فلا يثبت التحريم · ولا يثبت التحريم كذلك اذا حقن باللبن او اقطر في الاذن لان اللبن في مثل هذه الحالات لا يكون مغذيا عادة والتغذى مناط التحريم(١) ·

٤) وهل يشترط قدر معين من اللبن لثبوت التحريم أم لا ؟ ··

أ ـ عند الحنفية ، وكذلك في مذهب مالك والاوزاعى والثورى ورواية عن أحمد وغيرهم كثير انه لا يشترط في الرضاع المحرم قدر معين ، فيستوى ان يكون مرة أو أكثر من مرة ، مشبعا أو غير مشبع ·

وسندا هذا الرأى قوله تعالى : « وامهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة » · وقول الرسول ﷺ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » · فالشارع جعل الرضاع سببا في التحريم ولم يقيد ذلك بعدد معين من الرضعات ولا بكمية معينة · فمتى حصل الرضاع ثبت التحريم بصرف النظر عن الكمية أو الكيفية ·

ب ـ وعند الشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبه وكذلك ابن حزم الظاهرى يجب لثبوت الحرمة بالرضاع ان يكون خمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفرقات فاذا كان دون ذلك فلا يتعلق به تحريم ·

= **ملحوظة** : هناك في مدة الرضاع اقوال اخرى منها قول زفر الذى يجعل مدة التحريم سنة بعد الفطام في الحولين · ومنها قول الاوزاعى بأن الصغر يحده الفطام التام من غير امد معلوم ، لانه الحد الذى يفصل بين الاستغناء وعدمه ·

ويراجع في مدة الرضاع المحرم : الجوهرة النيرة ج / ٢ ص ٩٥ ـ ٩٦ ـ ابن عابدين ج/٢ ح ص ٥٥٤ ـ ٥٥٥ ـ فتح القدير ج/٣ ص ٥ وما بعدها ـ المدونة الكبرى ج/٥ ص ٨٨ وما بعدها ـ مواهب الجليل ج/٤ ص ١٧٩ ـ المهذب للشيرازى ج/٤ ص ١٦٦ ـ المغنى ج/٩ ص ٣٠٣ ·

(١) عمر عبد الله ص ١١٣ ·

وسند هؤلاء ما روى عن عائشة رضي الله عنها من قولها : « خمس رضعات مشبعات يحرمن » ، وان علة التحريم بالرضاعة كونه منبتا للحم ومنشزا للعظم ، وهذا لا يتحقق الا برضاع يوم كامل على الاقل ، ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات (١) .

وهذا الرأى هو الذى اميل اليه لما فيه من توسعة ، على الناس ..

ولا يشترط لتحقق الحرمة بالرضاع كون الارضاع حصل من المرأة في زمن واحد ، وعلى ذلك فالارضاع ولو حصل في ازمان متباعدة يثبت به الحرمة .

٦٣ ـ حكمة التحريم بالرضاع :

(١) بالرضاع ينبت اللحم وينشز العظم ، وعلى ذلك فالمرضع تغذى الرضيع بجزء من جسمها ، لان اللبن الذى تغذيه به انما هو ناتج من دمها . فالام الحقيقية تغذى الجنين بالدم وهو في بطنها والمرضعة تغذيه بدمها بعد ان يولد فاذا كانت الام الحقيقية محرمة على ابنها حرمة مؤبدة لانه جزءها ، فكذلك التى ارضعته اخذا بالاعتبار المذكور .

٢) والطفل في بيت مرضعته يكون مندمجا في اسرتها وهى في الاسرة التى ترضع احد اولادها تكون كفرد منها ، وهذه العلاقة المتشابكة توجب التحريم في الرضاع ، كما توجبه في كثير من الاحوال في النسب .

٣) وفضلا عن ذلك فان التحريم بالرضاعة يشجع على الارضاع ، لان الدين يحفظ للمرضع كرامتها وينزلها منزلة الام فتوجد بذلك الحلول لمن

---

(١) وهناك اقوال اخرى تقوم على ان التحريم لا يثبت باقل من ثلاث رضعات ، واخرون على انه لا يثبت باقل من سبع رضعات ، وقيل لا يثبت باقل من عشر رضعات .

يراجع في هذه الاقوال وفي مقدار الرضاع المحرم عموما : محمد ابو زهرة ص ٧٤ ـ ٧٦ وكذلك عمر عبد الله ص ١١٣ ، ١١٤ .

لا امهات لهم يرضعنهم أو لهم امهات عاجزات عن الارضاع ، وهـذا بـدوره مشجع على النسـل (١) ٠

---

(١) تنص المـادة (١٨) من قانون حقـوق العـائلة على أن : « تزوج النسـاء بالرجل الذى بينه وبينهن قرابة بالرضاع ممنوع ابدا كالنسـاء ذوات الرحم المحرم المذكورات في المـادة السابقة » ٠ والنساء المذكورات في المـادة ١٧ المذكورة هي اربعة اصنـاف : **الاول** : ام الرجـل وجـداته ٠ **والثاني** البنات والحفدة الاناث ٠ **الثالث** : الاخوات وبنات الاخوة والاخـوات مطلقا وحفدتهم الاناث ٠ **والرابع** : العمات والخالات مطلقا » ٠

والزواج بالمحرمة على الشخص بسبب الرضاعة حكمه انه فاسـد ، وهذا هو صريح نص المـادة ٥٤ من قانون حقوق العائلة ٠

المبحث الثانى

المحرمات على سبيل التأقيت

٦٤ - التحريم على سبيل التأقيت يكون في مواضع هى :

١ - الجمع بين المحارم .

٢ - حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى تتزوج غيره ويدخل بها ، ثم يطلقها وتنتهى عدتها .

٣ - حرمة التزوج بخامسة لمن عنده اربع زوجات فى عصمته .

٤ - حرمة تزوج الامة على الحرة .

٥ - حرمة تزوج زوجة الغير والمعتدة من الغير .

٦ - حرمة تزوج الملاعنة من الذى لاعنها حتى يكذب نفسه .

٧ - تحريم تزوج من لا تدين بدين سماوى .

وفيما يلى نتعرض بالبيان لاهم هذه الاحوال :

المطلب الاول

الجمع بين المحارم

٦٥ - ثبتت حرمة الجمع بين المحارم بالكتاب والسنة والاجماع :

اما عن الكتاب فقد قال تعالى : « وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف » ، وهو معطوف على « حرمت عليكم امهاتكم » . ومعنى : « الا ما قد

سلف » : الا ما كان منكم فى الجاهلية لم يدركه الاسلام فانه معفو عنه ، لكن حتى مع هذا لا يحل امساك ما قد سلف بعد العلم بالحرمة • فالآية تمنع الجمع بين الاختين ابتداء وتمنع الابقاء على ما كان من جمع بين الاختين قبل نزول المنع •

واما السنة فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها • فانكم ان فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم » •

والمأخوذ من النصوص المذكورة ان حرمة الجمع بين الاختين سنده عبارة نص القرآن الكريم • وحرمة الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها والعكس سنده عبارة الحديث الشريف المذكور ، وفضلا عن ذلك فهى مأخوذة من دلالة نص الآية المذكورة لان العمة والخالة تشبهان الام لبنت الاخ وبنت الاخت ، وهما تشبهان الولد للعمة والخالة فيكون التحريم هنا مأخوذا من دلالة النص بطريق الاولى لان اقتضاء هذه القرابة لترك المضارة اقوى من اقتضاء قرابة الاختية لمنعها والاجماع على تحريم الجمع بين الاختين والجمع بين الباقيات من المحارم• وشذ البعض بالنسبة لغير الاختين ، فقد قال عثمان البتى : يجوز الجمع بين المحارم غير الاختين ، وهو مذهب داود الظاهرى والخوارج ، وقد وقفوا عند نص الآية وحدها • ولكن يرد ذلك بالحديث المذكور فضلا عن دلالة نص الآية ولأن الجمع في المحرمات كلهن يفضي الى القطيعة ، وهذه قرابة واجبة الوصل فيحرم الجمع •

وقد استنبط الفقهاء من النصين المذكورين قاعدة في تحريم الجمع بالزواج بين امرأتين تربطهما علاقة محرمية من النسب أو الرضاع ، وقالوا : يحرم الجمع بين كل امرأتين ايتهما فرضت رجلا لا يجوز له ان يتزوج بالاخرى •

٦٦ ـ وجمهور الفقهاء على ان حرمة الجمع تكون اذا كانت الحرمة من الجانبين بمعنى ان كل واحدة منهما اذا فرضت رجلا حرمت عليه الاخرى •

وهذا متحقق في مثل الاختين والعمة وبنت اخيها والخالة وبنت أختها · اما اذا كانت الحرمة من جانب واحد فلا يحرم الجمع ، وعلى ذلك يجوز الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها ، وبين المرأة ومن كانت زوجة لابيها ، لعدم امكان فرض زوجة الاب ذكرا لانها ان فرضت ذكرا فلا يمكن مع هذا الفرض اعتبارها زوجة اب ·

وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة على بن ابى طالب رضي الله عنه وبنته من غيرها ولم ينكر احد من الصحابة والتابعين الذين كانوا موجودين في ذلك الوقت عليه هذا الامر ·

ولكن زفر خالف ذلك فقد قال انه لما ثبت الامتناع من وجه فالا حوط الحرمة ومذهب زفر هو مذهب ابن ابى ليلى والحسن البصرى وعكرمة ·

٦٧ ـ وجمهور الفقهاء على تحريم الجمع بين محرمين ، سواء كانت الحرمة بسبب النسب أو بسبب الرضاع كما قدمنا · وقد خالف الجمهور ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فأجازا الجمع بين المحارم بسبب الرضاع لعدم ورود نص محرم في حالة الرضاع ، ولان النصوص التى حرمت الجمع انما كانت لصلات النسب لان هذه الصلات هى التى تفهم عند الاطلاق ، ولان المعنى الذى شرع لاجله التحريم وهو ما في الجمع من قطيعة للرحم لا يتحقق في الرضاع ، فلا رحم يوجدها الرضاع بدليل ان الصلات الرضاعية لا توجب النفقة ولا التوارث، وليس لها من اثر سوى التحريم فيجب الوقوف عند مورد النص وما في معناه ·

٦٨ ـ والوقت الذى يحرم فيه الجمع بين محرمين هو وقت قيام الزوجية ووقت قيام العدة · ويستوى في العدة في مذهب ابى حنيفة ان تكون من طلاق رجعى ، أو من طلاق بائن ، ففى الطلاق الرجعى تبقى كل آثار الزوجية وفي الطلاق البائن تبقى بعض هذه الاثار ومنها وجوب النفقة والقرار في مسكن الزوجية وثبوت النسب ان جاءت بولد وتوافرت فيه شروط ثبوت

تسـبه من المطلق · وبقـاء اثار الزوجية او بعضهـا يـكفى لحرمة الجمع · فاذا فارقهـا وانقضت العـدة او ماتت جاز له ان يتزوج من كان يحـرم عليه ان يجمع بينها وبين من كانت زوجة له · وانقضت عدتها أو ماتت · وقبل ذلك لا يجوز له الجمع ·

وقد خالف الشافعى ومالك وابن أبى ليلى فقالوا بالتفريق في هذا المقام بين المعتدة من طـلاق رجعى والمعتدة من طـلاق بائن · فحـرموا الجمع حال العدة من طلاق رجعى ، ولم يحرموه حال العدة من طلاق بائن ، لأن المطلق في الرجعى له ان يستبد بمراجعة زوجته في أى وقت حال العدة ، وليس له ذلك في البائن ، ففارق البائن الرجعى في حكم عدم الجمع ·

ومذهب الحنفيـة فيه احتياط واجب · ومذهب الشـافعى في الجمع بين المحرمين في عدة الطلاق البائن يغرى بالعـداوة وبقطع الرحم ، ومنـع ذلك من مقاصد الشارع الاسلامى في عدم الجمع بين المحارم ·

٦٩ ـ حكم الزواج اذا حصل جمع بين المحارم :

اذا كان في عصـمة الرجل امـرأة وتزوج عليها ذات رحم محـرم لها فان الزواج بالثانية غير صحيح ·

واذا تزوج محرمين معا في صيغة واحدة لم يصـح نكاحهما اذ لا يمـكن ترجيح عقد أحداهما بالصحة فيكون كل منهما فاسـدا وتجب المتـاركة ما دام قد استوفي كل منهما جميع الشروط ما عدا هذا الشرط · اما اذا اختل أحـد العقدين اختلالا ليس مرجعه هـذا الشرط فان العقد الآخـر هو الذى يـكون صحيحـا فقط ·

واذا كانت المتاركة قبل الدخول فلا مهر ولا عـدة لواحدة منهما ، لأن هذا هو حـكم النـكاح غير الصحيح ، اذ لا أثر له قبل الدخول ·

اما اذا حصل الدخول فان الأثر الشرعى يثبت بالدخول مع وجود الشبهة فاذا دخل باحداهما تثبت لها العدة ويجب لها مهر المثل على الا يزيد عن المهر المسمى • وان حصل الدخول بهما وجب لهما المهر ، فيجب لكل واحدة منهما مهر مثلها على ألا يزيد عن المسمى •

وان كان تزوجهما في عقدين ولا يدرى ايتهما كانت الأولى فانه يفرق بينهما وبينه لوجود الشبهة بالنسبة لكليهما وعدم حلهما مجتمعتين ، وان دخل بهما وجب لكل منهما مهر المثل بشرط الا يزيد عن المسمى • وان كانت الفرقة قبل الدخول وكل منهما تدعى أن زواجها هو الأول من غير حجة مثبتة يقضي لهما بنصف المهر ويكون بينهما ، ويرى أبو يوسف الا شيء لهما • وان كانت كلتاهما تقول : لا أدرى أينا اسبق فلا شيء لهما من المهر ان كانت المتاركة قبل الدخول ، لكون المدعية زواجا صحيحا مجهولة ، والحقيقة مجهولة(١) •

---

(١) يراجع في عدم الجمع بين محرمين : الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٠٣ وما بعدها ، طبعة اولى سنة ١٣١٣ بالمطبعة الاميرية ببولاق ـ محمد ابو زهرة ص ٧٩ وما بعدها ـ عمر عبد الله ص ١٣٤ وما بعدها •

ملحوظة : المادة (١٦) من قانون حقوق العائلة على أن : « جمع امرأتين بالنكاح كل منهما محرم للاخرى نسبا أو رضاعا ممنوع • ومن المعلوم ان جمعهما ممنوع ابدا اذا كانت كلتاهما لو فرضت ذكرا لا يجوز تزوجه بالاخرى كالاختين • اما اذا كانت احداهما لو فرضت ذكرا ممنوع تزوجه بالاخرى وبالعكس غير ممنوع فيجوز جمعهما بالنكاح كالبنت وزوجة الاب » •

والنص على تحريم الجمع بين محرمين بسبب الرضاع اتبع فيه رأى الجمهور • وقد اتبع رأى الجمهور ايضا في اشتراط كون الحرمة من الجانبين لكى يحرم الجمع وهذا خلافا لرأى زفر على ما مر •

هذا وبالنسبة لحكم زواج المرأتين الممنوع جمعهما بالنكاح فقد نصت المادة ٥٣ من القانون المذكور على ان : « المرأتان الممنوع جمعهما بالنكاح بموجب المادة السادسة عشرة اذا كانت احداهما اتمت النكاح فنكاح الثانية فاسد » •

ومعنى ذلك ان الزواج المتأخر هو الفاسد دون المتقدم عليه ما دام قد توافرت له شروطه •

المطلـب الثانى

المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجـا آخـر

٧٠ ـ يملك الزوج على زوجته في الاسلام ان يطلقها ثلاث تطليقات٠فان طلقهاطلاقا رجعيا كان له حال العدة ان يراجعها بدون عقد ولا مهر جديدين وبدون حاجة الى رضائها ، وله ذلك مـرة ثم مـرة ٠ وان انقضت عدتها دون مراجعـة فله ان يعيدها الى عصمته مرتين كل منهما بعقد ومهر جديدين ٠ وله ذلك ايضا اذا طلقها طلاقا بائنا ســواء اكانت في العـدة أو بعدها ٠ اما اذا طلقهـــا الثالثة فقد حرمت عليه حرمة مؤقتة فلا يكون له ان يتزوجها الا اذا تزوجت بغـيره بعد انقضاء عدتها منه ودخل بها دخولا حقيقيا ثم مات عنها أو طلقها وانقضت عدتها منه ٠

٧١ ـ والدليل على الحرمة المؤقتة بعد الطلقة الثالثة قوله تعـالى : « الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحســان » : وقوله جـل شأنه بعد ذلك : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ٠ ويستفاد من ذلك ان الزوج اذا طلق زوجته طلقة مكملة للثلاث فليس له ان يتزوجها ما لم تتزوج غيره ويطلقها وتنقضي عدتهـا ٠

اما اشتراط ان يدخل بها الزوج الثانى لتحل للاول بعد انقضــاء عدتها من الثانى فثابت من السنة فقـد قال النبى ﷺ لمن أرادت ان ترجع لزوجهـا الاول الذى طلقها ثلاثا بعد طلاقها من الثانى قبل الدخول : « لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » ٠ وهذا التعبير من الرســول ﷺ كناية عن الدخول٠ وهذا هو مذهب الجمهور ٠

وقد روى عن ســعيد بن المسيب وسعيد بن جبير عـدم اشتراطهمــا الدخــول ٠

ومن حكمة الشارع في الحرمة المؤقتة بعد الطلاق الثلاث ان كـلا الزوجين يجتهدان في الابتعاد عن اسباب الطلاق حتى لا يصلا لحالة بعـدها لا يكون من

الممكن عودتهما للحياة الزوجيـة ما لم يحصل زواج من آخر ثم طلاق وانقضاء عدة • وحل الزواج للمطلق بعد انتهـاء الزواج الثانى لأن الزوجة وقد خبرت الزواج بغير مطلقها وعادت اليه بعده الشـأن فيها تحـرى أسباب دوام الزوجية كما ان الزوج وقد كان الطلاق سبب الحرمة الشأن فيه ان يحافظ على الزوجية الجديدة ما أمكن(١) •

المطلب الثالث

تحريم زواج الخامسـة لمن في عصمته أربع

٧٢ ـ الرجل له ان يجمع في عصمته أربع نسوة ولا يباح له ان يزيد عن ذلك فاذا كان في عصمته أربع نسـوة حقيقة بأن كن زوجات له يحرم عليـه التزوج بخامسة وان كان في عصمته اربع نسـوة حكما بأن كن في العدة أو كان بعضهن كذلك وباقيهن زوجات له فانه يحرم عليه أيضا ان يجمع اليهن خامسة • وهذه الحرمة مؤقتة تزول بنقص ما في العصـمة عن اربع فيكون له الاكمال لهذا العدد ولا يكون له الزيادة عليه(٢) •

٧٣ ـ والدليل على اباحة التزوج بأكثر من واحدة والاقتصار على اربع الكتاب والسنة والاجماع •

اما الكتاب فقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة »(٣) •

---

(١) نصت المادة (١٥) من قانون حقوق العائلة على انه : « لا يجـوز لاحد ان يتزوج المرأة التى طلقها ثلاثا ما دامت البينونة القطعية باقية » • وحكم الزواج هنا لو تم انه فاسد طبقا للمادة ٥٤ من القانون المذكور •

(٢) وقد خالف الامام الشافعى في العدة من طلاق بائن فلم يقل بتحريم الزواج بخامسة في العدة من طلاق بائن لمن في عصمته أربع نسوة على أساس انعقد زواج المعتدة من طلاق بائن قد فصم بالطلاق فلم يعد قائما • وهذا مذهبه في حل الجمع بين محرمين في العدة من طلاق بائن وقد مـر ذكره ولـكن الراى الآخر هو الذى عليه الجمهور •

(٣) سورة النساء آية رقم ٣ •

واما السـنة فمنها ما رواه الترمذى عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمه الثقفى أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبى ﷺ ان يتخير منهن اربعا فقط . فقـال له : « امسك اربعا وفارق سواهن » .

واما الاجمـاع فقد انعقد اجمـاع المسلمين قولا وعملا في حيـاة الرسول ﷺ وبعـده حتى الآن على اباحة التعـدد وقصره على اربع وقد كان التعدد صنيع كثير من الصحابة والتابعين(١) .

---

(١) محمد أبو زهرة ص ٨٣ وما بعدها – عمر عبدالله ص ١٣٨ وما بعدها .

والاقتصار على اربع هو مذهب جمهور المسلمين ، لم يشـذ عنـه الا من لا يعتد برأيهم .

ومن هؤلاء الشذاذ من اجاز الجمع بين تسع نسوة على أساس ان آية التعداد عطفت بين الاعداد الواردة فيها وهى :مثنى وثـلاث ورباع ، بالواو التى تفيد الجمع ، فيكون المجموع تسعا . وقد اجاز ذلك الروافض .

ومنهم من أجاز الجمع بين ثمانى عشرة على اساس ان معنى مثنى وثلاث ورباع : اثنان اثنان وثلاث ثلاث واربع اربع وقالوا ان الواو للجمع فيـكون المجموع ثمانى عشرة . وعلى هذا بعض أهل الظاهر والخوارج .

وليس ذلك فقط بل ان هناك من قالوا باباحة التعدد لغير حد وقالوا ان الآية لا تفيـد التقيد بعـدد محدد بل هى تفيد الاباحة المطلقة في العدد .

والصحيح هو مذهب الجمهور الذى يحدد العدد باربع نسوة وتكون : مثنى وثلاث ورباع : في الآية الكريمة معدولة عن اثنين وثلاث واربع وهذا يـكون انه يباح جمع اثنين ، او جمع ثلاث ، او جمع اربع ، ولم للتكرار فيكون المعنى تزد الآية على ذلك فيوقف عند هذا القدر . والعطف في الآية على نية تكرار العامل فمعنى الآية : انكحوا اثنين اثنين ، وانكحوا ثلاثا ثلاثا ، وانكحوا اربعا اربعا .. فيكون المراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد .

ملحوظة : المادة ١٤ من قانون حقوق العائلة على أن « تزوج الرجل الذى له أربع زوجات منكوحات او معتدات بامرأة أخرى ممنوع » . وظاهر من هذا النص انه لا يفرق بين ان تكون العدة من طلاق بائن أو من طلاق رجعى . وحكم الزواج هنا لو تم انه فاسد طبقا للمادة ٥٤ من القانون المذكور .

المطلب الرابـــع

تحريم الزواج بزوجة الغير ومعتدتـة

٧٤ - يحرم الشارع على الشخص ان يتزوج زوجة غيره ، ســواء أكان الزواج قائما حقيقة أم حكما بقيام العدة ٠

والدليل على حـرمة التزوج بزوجة الغير قوله تعالى : « والمحصنات من النساء » ٠ فهذه معطوفة على قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » : ٠ فيكون المعنى : وحرم عليكم زواج المحصنات من النساء ٠ والمحصنات هنا معناها ذوات الأزواج ٠

والدليل على حرمة تزوج المعتدة من طلاق قوله تعالى : « والمطلقــات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ٠ والقرء هو الحيضة لدى الحنفية ، والطهــر في مذهب الشافعي ٠ والتربص معناه الانتظار هذه المدة بدون زواج بغير مطلقها ٠

وثبوت تحريم الزواج من معتدة الوفاة دليــلة قوله تعــالى : « والذين يتوفون منــكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا » ٠

والحكمة في تحريم التزوج بزوجة الغير ومعتدته مراعاة حق الزوج أو المطلق حال العدة ولكيلاتختلط الأنساب ٠ وهــذا ليس موجودا بالنسبة لنفس المطلق ، ولذلك فله مراجعة مطلقته رجعيا حال العدة ولو بدون رضاها ٠ ويمكن في عدة البائن ان يعيدها الى عصمته بعقد ومهر جديدين ، الا ان يكون الطلاق مكملا للثلاث فليس له ان يتزوجها حتى تتزوج زوجا غيره ، وقد مر بيان حكم هذا الأمر(١) ٠

---

(١) يلحق الفقهاء بعدة الطلاق عدة الدخول في الزواج الفاســد وعدة الدخول بشــبهة ، وعلى ذلك فتحرم المعتدة من دخول في زواج فاسد او في وطء بشبهة على من يريد ان يتزوج بها حال قيام العدة ٠

وما حكم التزوج بالزانية : =

المطلب الخامس

تحريم الزواج بمن لا تدين بدين سماوى

٧٥ - يقصد بالدين السماوى الدين الذى كان له كتاب منزل في الزمن الذى نشأ فيه ،وله نبى مبعوث مذكور في القرآن الكريم • ومثل ذلك الدين الموسوى والدين المسيحى •

= حالها لا يخرج عن الفروض الآتية :

١ - ان يتزوج بها من زنى بها وقبل ان يظهر بها حمل من الزنى • وهنا اتفق الجمهور على انه يحل لمن زنى بها تزوجها في الحال والدخول بها بعد العقد مباشرة •

٢ - وان يتزوج بها من زنى بها وهى حامل منه من الزنى • وحكم هذه هو حكم سابقتها لدى الجمهور •

٣ - ان يتزوج بها غير من زنى بها ولم يظهر بها حمل • وهنا يجوز له ان يعقد عليها وان يدخل بها بعد العقد مباشرة وذلك عند ابى حنيفة وابى يوسف • وعند محمد يكره الدخول بها ما لم يستبرئها بحيضة لاحتمال ان تكون قد حملت من الزنى •

٤ - ان يتزوجها غير من زنى بها وهى حامل من الزنى • وهذه الحالة محل خلاف بين الفقهاء •

فعند ابى حنيفة ومحمد والشافعى هى حلال له فله تزوجها في الحال اذ هى لم تذكر في المحرمات فتكون حلالا بنص الكتاب العزيز : « واحل لكم ما وراء ذلكم » ولكن لا يجوز له مع ذلك الدخول بها حتى تضع الحمل لقول الرسول ﷺ : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقى ماؤه زرع غيره » •

وابو يوسف وزفر وكذلك مالك واحمد ذهبوا الى انه لا يصح العقد عليها وهى حامل احتراما لحملها الذى لا جناية منه ، وفضلا عن ذلك فان العقد على المرأة يكون لاجل الدخول ، وهو ممنوع بالاتفاق فيكون العقد الذى هو وسيلته ممنوعا •

(محمد ابو زهرة ص ٩٢ هامش رقم / ١ وكذلك عمر عبد الله ص ١٢٣ •)

ملحوظة : المادة ١٣ من قانون حقوق العائلة على أن : « التزوج بمنكوحة الغير ومعتدته ممنوع » • وهو اذا حصل يكون فاسدا طبقا للمادة ٥٤ من القانون المذكور •

وعلى ذلك يدخل فيمن لا يدين بدين سماوى من لا دين له ، ومن يدين بدين لم يشرعه الله تعالى كالمجوسي الذى يعبد النار والمشرك الذى يعبد الأصنام والأوثان والهندوكى الذى يعبد البقر · ويدخل في هذا الفريق أيضا المسلم الذى ارتد عن الاسلام ولو كانت ردته الى دين سماوى ·

وكل من لا يدينون بدين سماوى على التفصيل المذكور يدخلون في عموم قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولامة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ، ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ، ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم ، اولئك يدعون الى النار ، والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه »(١) ·

وعلى ذلك فيحرم على المسلم ان يتزوج بمن لا تدين بدين سماوى استنادا على هذه الآية الكريمة · وهى قد ذكرت الحكمة في هذا التحريم فهؤلاء يدعون الى النار بينما الله يدعو الى الجنة فهناك تنافر مستحكم وخلاف شاسع بين المسلمين وبينهم · والمسلم الذى يتزوج واحدة منهم اما يناصبها العداء لدينها فلا يكون هناك وئام ولا استقرار واما ان يتأثر بها فتفسد عليه عقيدته وتفسد نتاج هذا الزواج من الأولاد ، وكلا الفرضين شر ، لهذا حرم الزواج بمن ليس لها دين سماوى ·

٧٦ — والمسلم يحل له لدى جمهور الفقهاء ان يتزوج بالكتابية كاليهودية والنصرانية · ودليل ذلك قوله تعالى : « اليوم احل لكم الطيبات ، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات ، والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم »(٢) · فهذه الآية صريحة في حل التزوج بالكتابية ·

وفضلا عن ذلك فان الصحابة أجمعوا عدا عبد الله بن عمر على جواز الزواج بالكتابيات ·

---

(١) سورة البقرة ، آية رقم ٢٢١ ·
(٢) سورة المائدة ، آية رقم ٤ ·

وانما كان جواز التزوج بالكتابيات لان الكتابية على كل حال تلتقى مع المسلم في أساس الفضائل ، لأن الاديان السماوية كلها واحدة الأصل فيمكن في هذا الزواج ان تدوم العشرة بدون ان يؤثر ذلك في العقيدة ٠

وعلى كل فالأفضل عدم الزواج بالكتابية الا ان يكون هناك غرض يبرره ، اذ الزواج بالمسلمة اسلم عاقبة ٠

٧٧ - والفقهاء على اتفاق انه لا يجوز للمسلمة ان تتزوج بغير المسلم ولو كان كتابيا ٠

وسند ذلك من القرآن الكريم : « يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن ، فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار ، لاهن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن »(١) ٠

وقد فرق عمر بين رجل من بنى تغلب وبين زوجته التي اسلمت ٠ ولبن عباس قال : « اذا اسلمت النصرانية قبل زوجها فهى املك لنفسها » والاخبار استفاضت عن الصحابة على ذلك ، وهذا امر لا مجال فيه للرأى فليس الا انه مسموع من الرسول ﷺ ٠

وفضلا عما تقدم فان الاجماع انعقد على عدم تزوج المسلمة بغير المسلم ٠

وبناء على ما تقدم اذا اسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه يعرض عليه الاسلام فان اسلم فبها ، والا فرق القاضي بينهما ، لان عدم قيام سبب من أسباب التحريم كما هو شرط لانشاء النكاح ، هو شرط لبقائه أيضا(١) ٠

---

(١) سورة الممتحنة آية رقم ١٠ ٠

(٢) الزواج بين المسلم والكتابية من اختصاص القضاة في مصر طبقاً لنص المادة ٢٧ من لائحة المأذونين ٠ وقد جعلت لهذا الزواج وثيقة خاصة بينت فيها حقوق الزوج الشرعية حتى تكون الزوجة على علم بها ٠

الفصل الخامس

الولاية في الزواج

٧٨ ـ قلنا في الكلام عن شرط النفاذ في الزواج ان العقد لكى يكون نافذا يجب ان يكون العاقد صاحب قدرة على انشاء العقد نافذا بأن تكون له قدرة على ان ينفذ احكامه . وهذا في الذى يعقد لنفسه وهو كامل الأهلية واضح وقد يكون العاقد صاحب سلطة من الشارع في ان يزوج من يعقد له ، وهذا هو الولى على النفس ، كما قد يكون وكيلا عن صاحب الشأن في الانشاء ومباشرة صيغة العقد وهذا هو الوكيل .

وفيما يلى نخص الولاية بالكلام ثم نتبع ذلك بالكلام عن الوكالة في الزواج في الفصل التالى .

المبحث الأول

تعريف الولاية وتقسيمها

٧٩ - الولاية سلطة شرعية ، تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء العقود والتصرفات وكونها نافذة(١) .

٨٠ - اقسامها :

تنقسم الولاية الى ولاية قاصرة وولاية متعدية .

والأولى : هى ولاية الشخص على نفسه وعلى ماله . **والثانية : هى ولاية** الشخص على غيره .

وتنقسم الولاية المتعدية الى **ولاية على المال وولاية على النفس** .

فالأولى : مجالها انشاء وتنفيذ العقود الخاصة بالأموال .

والثانية : هى التى تجعل لمن تثبت له القدرة على انشاء عقد الزواج الخاص بالمولى عليه وتنفيذه من غير ان تكون هناك حاجة لاجازة من أحد .

وقد تجتمع الولاية على النفس والولاية على المال في شخص واحد . ومثلها ولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيها .

والولاية المتعدية : تنقسم كذلك لولاية خاصة وهى التى تثبت للافراد بصفتهم الشخصية . والى ولاية عامة وهى التى تثبت لرئيس الدولة وللقضاء بالنيابة عنه .

ومحل البحث هنا في ولاية الزواج ، وهى الولاية على النفس ، وسنقتصر على الكلام فيها .

---

(١)ابن عابدين ج / ٣ ص ٥٤ وما بعدها - التعريفات لعلى بن محمد الشريف الجرجانى ص ٢٧٥ - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لزكى الدين شعبان ص ١٩٦ وقد عرف الولاية على النفس بأنها القدرة على انشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة الى اجازة أحد .

وتنقسم الولاية في الزواج بدورها الى قسمين :

١) **ولاية اجبار** ، وفيها يستقل الولى بانشاء عقد الزواج على المولى عليه دون مشاركة احد ، ويكون العقد نافذا على المولى عليه ٠

٢) وولاية ليس فيها اجبار ٠ وتكون على المرأة الكاملة الأهلية ، سواء كانت بكرا أو ثيبا ٠

والحنفية يسمون هذه الولاية ولاية ندب أو ولاية استحباب ، وبها يباشر الولى العقد نيابة عن الكاملة الأهلية ٠ وانما سميت كذلك عندهم لأن الكاملة الأهلية لها في نظرهم ان تتولى عقد زواجها بنفسها ، لكنهم يستحسنون ان يقوم وليها نيابة عنها بصيغة الزواج ، لأن العادة جرت على ان المرأة لا تتولى تزويج نفسها لانها لا تحضر مجالس الرجال ٠ ويستفاد من ذلك ان هذه الولاية عندهم ليست في حقيقة الأمر الا توكيلا من المرأة للولى في أن يباشر عنها العقد ٠

وهذه الولاية يسميها غير الحنفية ولاية اختيار أو ولاية شركة لاشتراك المرأة ووليها في اختيار الزوج وهو الذى يتولى عنها مباشرة الزواج ، لأن البالغة العاقلة عندهم ليس لها ان تستقل بمباشرة العقد بنفسها سواء اكان لها أو لغيرها فوجود الولى وتوليه الصيغة عندهم شرط لصحة العقد خلافا للحنفية ٠ وهو وان كان يتولى عنها مباشرة العقد الا انه ليس له ان يجبرها على الزواج بشخص معين ، ولهذا سميت هذه ولاية شركة أو ولاية اختيار ٠

المبحث الثانـى

شـــروط الولـى

٨١ ـ يشترط في ثبـوت الولاية المتعدية التى منها ولاية التزويج كون الشخص **حرا بالغا عاقـلا** . ويجب كذلك **الاتحـاد في الدين** بين الولى ومن في ولايته . ولا يشـترط اتحـاد الدين في ثبـوت الولاية العـامة للشخص ولا تشترط العدالة في الولى فيجوز للفاسق أن يتـولى تزويج من في ولايته ، لأن الولاية مبناها الشفقة وتقدير المصـلحة وهما يكونان في الفاسق والعدل . وعلى هذا الرأى ابو حنيفة ومالك ، وكذلك الشـافعي واحمد في قولين لهما ، وعليه أيضـا اجماع الناس في كل العصور[1] وقال كثير ان الذكورية شرط في الولى ومنهم الشافعى واسحق وأبو عبيد والمالكية واستندوا على ادلة منها حديث : « لا نكاح الا بولى »[2] وحديث « ايما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ... »[3] ومنهـا ان المرأة لا ولاية لهـا على نفسها ففى غيرها أولى[4] .

وعند الامام أبى حننفة ان المرأة لها أن تزوج نفسـها وغيرها وأن توكل في النكاح[5] ومما اسـتند عليه قوله تعالى : « فلا تعضـلوهن أن ينـكحن

---

(١) عمر عبد الله ص ١٥١ ـ محمد ابو زهرة ص ١٢١ . وفيه ان هناك قولين لاحمد والشافعى بأن الفاسق ليس له ولاية التزويج ـ الكاسانى جـ/٢ ص ٢٣٩ وما بعدها ـ الشرح الصغير جـ/٢ ص ٣٦٩ ـ مغنى المحتاج جـ/٣ ص ١٥٥ ـ الروض المربع جـ/٢ ص ٢٧١ ـ المغنى جـ/٦ ص ٤٦٦ .

(٢) مختصر سنن أبى داود للمنذرى ومعالم السنن للخطابى وتهذيب الامام ابن القيم جـ/٣ ص ٢٩ .

(٣) المصدر السابق ص ٢٦ ، ٢٧ .

(٤) المغنى جـ/٦ ص ٤٤٩ .

(٥) البدائع جـ/٢ ص ٢٤٧ ـ فتح القدير جـ/٢ ص ٣٩١ .

ازواجهن »[١] فقد أضافـ تعالى النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه . كما ان الأمر خالص حقها وهى من أهل المباشرة فصح منها .

وأرى أن مذهب الجمهور أولى بالاتباع لأن المرأة تحكم العاطفة ثم ان الزواج ليس خالص حق المرأة بل للأولياء مدخل فيه .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٢ .

المبحث الثـالث

من تثبت عليه ولاية الاجبـار ومن تثبت له

من تثبت عليه ولاية الاجبـار :

٨٢ - تثبت ولاية الاجبار عنـد الحنفية على فاقد الاهلية ، وهـو المجنون والمعتوه والصبية غير المميزة . كما انهـا تثبت على ناقص الأهليـة وهو الصبى المميز(١) .

٨٣ - وقد اختلف الفقهـاء في علة الولاية على الصغيرة وترتب على ذلك اختلافهم في الاحكـام :

١) **فالشافعى ومالك واحمد** على قول ، عندهم ان عـلة الولاية **هى البـكارة** ، فالولاية عندهم تتبع البكارة فتبقى على البكر حتى **وان بلغت** ، لأن البكر لا تعرف الرجال ، وبالعكس اذا زالت البكارة قبل البلوغ تزول معها الولاية ، وصـورة ذلك ان تتزوج الصغيرة ويدخل بها ثم يفرق بينهما ، فهنا لا يصـح زواجهـا ثانيا حتى تبلغ ، وتشترك مع الولى في الاختيـار .

٢) **وابو حنيفة واصحابه يقولون ان علة الولاية في الصغير هى الصغر** ، لأن الصغر هو سبب العجز وما وجدت الولاية الا لسد هذا العجز ، فما بقى بتهيت ، وما يسرى على الصغير يسرى على الصغيرة ، **ولأن الحكم** بأن ولاية **الاجبار تستمر على البكر بعد البلوغ مخالف للاثار** ، فقد قال ﷺ : «تستأمر النساء في ابضـاعهن » . فقالت عائشـة رضي الله عنها : ان البكر تستحى يارسول الله : فقال ﷺ : « اذنها صماتها » وروى : « سكوتها رضاها » : . ولا يعقل ان يكون البلوغ سببا في الولاية المالية للبالغة الرشـيدة على نفسها

---

(١) خالف عثمان البتى وابن شبرمة وأبو بكر الأصم فقالوا ان **ولاية** الاجبار تكون على المجانين والمعاتيه فقط ، ولا تكون على الصغير مطلقا . **ولكن** الجمهور على ثبوت ولاية الاجبار على الصغار أيضا (محمد أبو زهرة ص ١٠٣ فقرة ٧٧ وفيه حجج الطرفين) .

وتثبت عليها مع ذلك ولاية الاجبار في امر الزواج والمتسق مع ثبوت ولايتها في أمر زواجها مشتركة مع وليها أو منفردة على اختلاف الفقهاء في هذا الأمر(١) ٠

ويجدر بنا القول بأن الفقهاء متفقون في ان علة ولاية الاجبار بالنسبة للمجنونة والمعتوهة هو ضعف العقل وان علة الولاية على الصغير هى الصغر ٠

٨٤ ـ من له ولاية الاجبار :

ولاية الاجبار عند مالك واحمد قاصرة **على الأب ووصيه** ٠ والشافعى يجعلها **للأب والجد** ٠ وهكذا في الصغير والصغيرة ٠ اما في المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فان ولاية الاجبار تثبت عند **هؤلاء عليهما أيضا للحاكم** ٠ والحنفية لا يقتصرون على من تقدم ذكرهم فهم يثبتون ولاية الاجبار للعصبة على ترتيب الارث ٠ وليس ذلك فقط بل هم فيما بينهم مختلفون في ولاية الاجبار اذا لم يوجد عاصب او كان ولم يكن ذا اهلية للولاية : فابو حنيفة يثبتها هنا لذوى الارحام ٠

وحجة مالك واحمد ان الاصل في الانسان الحر الا تثبت لغيره عليه ولاية الا لحاجة ، ولا حاجة للصغير ولا الصغيرة في الزواج لانعدام الشهوة ٠ لكن **ولاية الأب** ثبتت بالنص وهو ما روى ان ابا بكر زوج عائشة للنبى ﷺ وهى بنت ست سنين ، وبنى بها وهى بنت تسع سنين ٠ وبهذا النص يترك القياس الذى يأبى أن يكون للشخص على غيره ولاية الا للحاجة ، ويقتصر على من ورد النص بشأنه **وهو الأب ويبقى غيره** على حكم المنع ٠ والجد ليس في معنى الأب فلا يلحق به في الحكم المذكور ، بخلاف **الوصي الذى عينه** الأب قبل وفاته فانه يقوم مقامه بعد الوفاة ، فتكون له ولاية التزويج كما كانت هذه الولاية للأب وهو حى ٠

والشافعى يثبت ولاية الاجبار أيضا للجد ، لأن الجد عنده كالأب ، ولهذا يملك مثله التصرف في المال بخلاف غيرهما من العصبة فانه لا يملك

---

(١) محمد أبو زهرة فقرة ٨٩ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ـ عمر عبد الله ص ١٥١ وما بعدها وفيه ذكر الخلاف وحجج كل فريق بتفصيل ٠

التصرف في المال ، فاذا لم يكن للعاصب غير الأب والجد التصرف في المال ، وهو أدنى حالا من النفس ، فلان لا يملكه في النفس وهو أعلى مرتبة من التصرف في المال وأولى وأحرى . وفضلا عن ذلك فان غير الأب والجد من العصبات ليسوا مثلهما في وفور الشفقة ، فناسب ذلك عدم ثبوت ولاية الاجبار في الزواج لغير الأب والجد .

وحجة الحنفية في ثبوت ولاية الاجبار للعصبة على ترتيب الارث **القرآن والسنة والقياس :**

اما القرآن فقوله تعالى : « ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتى لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون ان تنكحوهن » فقد ذكرت عائشة رضي الله عنها ان هذه الآية نزلت في اليتيمة تكون في حجر وليها ويرغب في زواجها . ولا يمكن ان يكون الولى هو الاب أو الجد ويرغب في زواج الصغيرة التى في حجره ، فلابد ان يكون الولى هنا غير هؤلاء كابن العم ، وهذا يفيد ان للعصبة غير الاب والجد ولاية التزويج فليس اللوم واردا الا على عدم اعطاء الصغيرة مهر المثل .

واما السنة فقد زوج النبى ﷺ بنت عمه حمزة ، وهى امامة ، وكانت صغيرة ، لسلمة بن ابى سلمة وقال : ان لها الخيار اذا بلغت وقد زوجها بالعصوبة لا بالنبوة ، اذ لو كان تزويجه لها بالنبوة لما اثبت لها الخيار بالبلوغ ، فضلا عن انه ﷺ لم يزوج احدا بالنبوة قط .

وقد روى عن على رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا : « الانكاح الى العصبات » .

وفضلا عن ذلك فالقياس يثبت للعصبات غير الاب ولاية الاجبار ، وذلك لان الفقهاء متفقون على اثبات السلطان للعصبة على البالغة في الزواج ، وان كانوا مختلفين في مدى هذا السلطان : فالجمهور يجعل للولى العاصب حق

المشاركة في الاختيار وتولى الصيغة . وابو حنيفة يجعل له حق الاعتراض ان لـم يكن الزوج كفؤا ويفسد الزواج لاجله . وليس هذا الا نوعا من الولاية . واذا كان للعصبة عموما هذه الولاية بعد البلوغ فلهم ولاية قبل البلوغ ، وهى ان كانت مشتركة بعد البلوغ فانها قبله تكون اجبارية ، لان القاصر ليس اهلا للمشاركة في الولاية كالكبير . اما الاختلاف في قـدر الشفقة في الاب والجـد من جهة وفي غيرهما من العصبـات من جهة اخرى فان هـذا اقتضي ان تكون ولاية غير الاب والجد من العصبة دون ولايتهما .

ومذهب الحنفية منقول عن عمر وعلى وأبى هريرة وعبد الله بن مسـعود وعبد الله بن عمر وغيرهم (١) .

٨٥ ـ ترتيب الأولياء :

تثبت ولاية الاجبار عند الاحناف ، كما سبق البيان ، للعاصب النسبى بنفسه بترتنب الارث (٢) .

والعاصب النسبى بالنفس هو كل قريب ذكر ينتسب الى الشخص انتسابا لا تنفرد بالتوسط بينهما فيه انثى .

---

(١) تبيين الحقـائق شرح الكنـز للزيلعى جزء / ٢ ص ١٢١ ، ١٢٢ ، وكذلك حاشية الشلبى على هذا الشرح .

(٢) العصبة اما عصبة بالقرابة والنسب ، وهى العصبة النسبية ، واما عصبة من الاعتاق وهى العصبة السببية اذ الاعتاق هو سبب ايجادها .

والعاصب النسبى قد يكون عاصبا بنفسه وقد يكون عاصبا بغيره وقد يكون عصبة مع غيره . ومن العصبة بالغير البنت فانها تصير عصـبة بالابـن والعصبة مع الغير كالاخوات مع البنات . ولا يهم هنا الكلام الا عن العصـبة النسبية بالنفس فهى التى تثبت لها الولاية بطريق التعصيب . اما العصبة النسبية مع الغير وبالغير فلا تثبت لها ولاية بطريق التعصيب ، واما العصـبة السببية فهى وان كانت تثبت لها الولاية بطريق التعصيب ، وتكون تاليـة في الترتيب للعصبة بالنفس الا انه لا داعى الان للافاضة فيها لان الكلام فيهـا صار اقرب للتاريخ منه للكلام في احكام الولاية .

والعصبة بالنفس جهات اربع :

١ ـ البنوة : وتشمل الابن وابن الابن وان سفل . وهذا طبعا في ولاية التزويج لا يتصور في الصغار ويظهر في المعتوه والمعتوهة .

٢ ـ الابوة : وتشمل الاب واب الاب وان علا .

٣ ـ الاخوة : وتشمل الاخ لاب وام والاخ لاب وابناء كل وان سفلوا .

٤ ـ العمومة : وتشمل اعمام الشخص عدا عمه لامه ، واعمام ابيه كذلك واعمام جده الصحيح كذلك . وابناء هؤلاء وان نزلوا .

فاذا وجد لفاقد الاهلية أو ناقصها واحد فقط من هؤلاء المذكورين في الجهات الاربع وتوافرت لديه شروط الولاية فان ولاية التزويج تكون له .

واذا تعدد الأولياء فيقدم فيما ذكر من كان في جهة البنوة عمن كان في جهة الابوة ، ويقدم هذا عمن كان في جهة الاخوة ، وهذا عمن كان في جهة العمومة . فاذا اتحد الاولياء في الجهة يكون التقديم بالدرجة ، فيقدم مثلا الابن على ابن الابن لقربه للمولى عليه درجة ، ومثل هذا يقال في الاب واب الاب ، وفي الاخ وابن الاخ ، وهكذا ... واذا اتحدت الجهة واتحدت الدرجة فان التقديم يكون بقوة القرابة ، فيقدم من كان لابوين على من كان لاب فقط لقوة قرابة الاول للمولى عليه عن الثانى ، وعلى سبيل المثال : العم الشقيق مقدم على العم لاب .

واذا اجتمع في الاولياء المتعددين الاتحاد في الجهة وفي الدرجة وفي قوة القرابة فانهم جميعا يكونون متساوين في ثبوت الولاية فلكل منهم ولاية كاملة على المولى عليه . وعلى ذلك فاذا استقل احدهم بتزويج المولى عليه فان الزواج صحيح ما دام قد استوفى جميع شروطه الشرعية ، دون توقف على اجازة من لم يزوج من الاولياء . واذا زوج ولى منهم ثم زوج غيره فان العقد

الاول هو الصحيح والعقد الثانى هو الباطل . فان لم يعرف ايهما الذى تقدم فانهما يبطلان معا لعدم امكان ترجيح ايهما على الآخر (١) .

٨٦ ـ وبعد ذلك يختلف الاحناف فيما بينهم :

فمحمد يقول انه اذا لم يكن هناك عصبة أو كان ولم يستوف الشروط الشرعية فان ولاية الاجبار لا تكون لغيرهم من الاقارب لكن تنتقل الى السلطان، لان السلطان ولى من لاولى له ، وتكون ولاية التزويج للقاضي هنا اذا شرط السلطان ذلك في عهده ومنشوره (يعنى المرسوم الذى عين به القاضي) .

---

(١) ما ذكر هو ترتيب العصبات في الارث . لكن جرى خلاف في بعض المسائل في الولاية . ومن هذا الخلاف ان الاب والابن اذا اجتمعا في المجنونة فان التقدم عند ابى حنيفة وابى يوسف في الولاية عليها يكون للابن وعند محمد الاب اولى وجه قوله ان هذه الولاية ولاية نظر للمولى عليه والاب اشفق على المولى عليها ولهذا كان هو اولى بالتصرف في ما لها ولان الاب من قومها والابن ليس منهم . ووجه قولهما ان مبنى هذه الولاية على التعصيب والابن اقوى عصوبة من الاب ، ولذلك كان ترتيبهما في التوريث .

وروى عن ابى يوسف ايضا انه قال : ايهما زوج جاز ، ومعنى هذا انه اعتبرهما في درجة واحدة هنا . وجه هذه الرواية انه وجد في كل منهما سبب التقدم ، اما الاب فلانه من قومها واشفق عليها ، واما الابن فلانه يرثها بالتعصيب ، فايهما زوج جاز . وعند الاجتماع يقدم الاب تعظيما له واحتراما . وقد قال صاحب البدائع : ان الافضل ان يفوض الابن الانكاح الى الاب احتراما له واحترازا عن موضع الخلاف .

ومن اوجه الخلاف ايضا انه اذا اجتمع وليان في نفس المرتبة من حيث الجهة والدرجة وقوة القرابة ، فقد قلنا ان الولاية تثبت لكل واحد منهما بتمامها ، وهذا قول عامة العلماء ، ومرد ذلك ان الولاية لا تتجزأ لانها تثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة . وقال مالك ليس لأحد الأولياء ولاية الانكاح ما لم يجتمعوا لان هذه الولاية ولاية شركة عنده وسببها هو القرابة وهى مشتركة بينهما فكانت الولاية مشتركة لان الحكم يثبت على وفق العلة .

يراجع فيما تقدم : بدائع الصنائع للكاسانى جزء / ٢ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ طبعة اولى سنة ١٣٢٧ هـ . ـ الزيلعى جزء / ٢ ص ١٢٢ وما بعدها .

وقد استدل محمد على رأيه بقول الرسول ﷺ : « الانكاح الى العصبات » : فقد جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شيء والعصبة يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثالهم على صيانة القريب عن غير الكفء ، ولا يتحقق ذلك من ذوى الارحام وان كانوا ذكورا لانهم من قبيلة اخرى، فلا يلحقهم العار بذلك ٠

وابو حنيفة يقول انه اذا لم يوجد احد من العصبات فان الولاية تنتقل الى الاقارب غير العصبات على حسب قوة قرابتهم وشفقتهم : فتقدم الام ، ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم الجد ابو الام ، ثم الاخت لاب وأم ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخوة والاخوات لام ، ثم اولاد هؤلاء على الترتيب السابق ٠ ثم لباقى ذوى الارحام العمات مطلقا والاعمام لام ، ثم للاخوال والخالات ثم لاولادهم ٠

وقد استدل لرأى ابى حنيفة بان الولاية هنا ولاية نظر للمولى عليه وهذا يحصل بالشفقة الباعثة عليه ، وهى موجودة في الام وغيرها من الاقارب ، الا ان اقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة ، وهذا لا ينفى ثبوتها للام وغيرها من الاقارب عند عدم العصبات ، فهم اولى بها من السلطان لصلة القرابة الشفيقة ٠

وبعد ذوى الارحام تكون ولاية التزويج للحاكم لانه نائب السلطان ٠ وقد قال الرسول ﷺ : « السلطان ولى من لا ولى له » ٠ والقاضي ليس له ان يزوج الصغار الا اذا خول ذلك في مرسوم تعيينه ، كما تقدم البيان (١) ٠

---

(١) الزيلعى جزء / ٢ ص ١٢٦ ٠ وبه ان ابا يوسف مع ابى حنيفة في أكثر الروايات وان الكرخى ذكره مع محمد ، وان الروايات الاولى اصح ٠٠ ومثله ابن عابدين جزء ٢ ص ٣٣٩ – بدائع الصنائع جزء / ٢ ص ٢٤٠ ، ٢٤١ – محمد ابو زهرة صفحة ١١٠ ، ١١١ ٠ وقد سلك ابا يوسف مع محمد وقال ان هذا طبقا للرواية المشهورة عنه ٠

ملحوظة (١) رأى الامام هو الراجح لدى كثير من الفقهاء ، وهو المفتى به وعليه العمل في محاكم جمهورية مصر العربية (٢) لم نذكر العصبة السببيين بعد العصبة النسبيين لزوال الرق الآن ٠

٨٧ - غيبة الولى القريب : اذا غـاب الولى القريب ، بحيث يخشي ان يفوت الكفء اذا انتظر حضوره أو استطلاع رأيه ، فعند ابى حنيفة والصاحبين (ابى يوسف ومحمد) يكون للولى الأبعد التزويج . وقال زفر انه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب بحال من الاحوال . **وقال الشافعى ان الزواج هنا يكون للحاكم لا الولى الا بعد .**

وقد استند زفر في رأيه على ان ولاية الأقرب الغائب قائمة ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ذلك ولا ولاية للولى الأبعد ولا للسلطان مع ولايته ، فصار كما اذا كان حاضرا .

والشافعى يقول ان ولاية الأقرب باقية كما قال زفر الا انه امتنع دفع حاجة المولى عليها من قبل الولى الأقرب مع قيام ولايته عليها لغيبته فتثبت الولاية للسلطان ، وحكم هذه حكم امتناع الولى عن تزويجها اذا خطبها كفوء فالجامع في كل حالة من هاتين دفع الضرر عن المولى عليها .

وحجة ابى حنيفة وصاحبيه ان ثبوت الولاية للابعد بغيبة الاقرب منه فيه زيادة نظر للمولى عليه فهو يستطيع احراز الكفء الحاضر بحيث لا يفوته غالبا بخلاف الولى الغائب . والولى الاقرب يكون بالغيبة في حكم المعدوم فصار كما لو جن أو مات (١) .

٨٨ - امتناع الولى بغير سبب شرعى (عضله) :

العضل في الشرع هو امتناع الولى عن تزويج موليته اذا كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل مع عدم وجود مبرر شرعى لهذا الامتناع (٢) .

---

(١) الكاسانى جزء / ٢ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ - الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٢٧ .

(٢) راجع في معنى العضل شرعا : الكاسانى ج / ٢ ص ٢٥٠ - الزيلعى ج / ٢ ص ١٢٧ - المدونة ج / ٢ ص ٢٤٤ - الشرح الصغير ج / ٢ ص ٢٠٦ - مغنى المحتاج ج / ٣ ص ١٥٣ - المغنى ج / ٦ ص ٤٧٦ - حاشية ابن عابدين ج / ٣ ص ٨٢ .

فاذا امتنع الولى عن تزويج من في ولايته بدون مبرر شرعى لهذا الامتناع كأن يكون المولى عليه مجنونا ويقول الطب ان الزواج علاج له ولا يقبل مع ذلك تزويجه فان هذا منه عضل (اى ظلم) وعلى ذلك فان ولاية التزويج تنتقل الى القاضي ، لان القاضي هو الذى يتولى رفع الظلم ، ويكون تزويج القاضي للمولى عليه نيابة عن هذا الولى الظالم ، ومن ثم فان عقد القاضي يكون في قوة عقده ، فان كان الولى هو الاب كان عقد القاضي في قوة عقد الاب ، وان كان هو الاخ ٠ كان عقد القاضي في قوة عقد الاخ وهكذا ٠٠٠٠

ويكون الامر الى القاضي ايضا اذا تعدد الاولياء وكانوا من جهة ودرجة وقوة واحدة واختلفوا فيما بينهم ، فالقاضي هو الذى يحسم هذا الخلاف ، لقول الرسول ﷺ « فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » ٠

المبحث الرابع

احكام تزويج الاولياء

٨٩ - مبنى ولاية الاجبار على فاقدى الاهلية وناقصيها الشفقة في الاولياء وهى تبعث على تحرى مصالح المولى عليهم • وهذه الشفقة ليست على درجة واحدة عند الاولياء جميعا ، بل هم يختلفون فيها • كما ان النظر في مصالح المولى عليهم يتفاوت تبعا لتفاوت راى المولى كمالا وقصورا ، وعلى سبيل المثال : الام يتوافر فيها كمال الشفقة كالاب ، لكنه يزيد عليها كمال الرأى ، لهذا قدم عليها في الولاية •

وعلى ذلك تختلف الولاية : فهى تكون كاملة اذا اجتمع للولى مع قوة الشفقة كمال الرأى والتدبير ، وهى لا تكون كاملة وتكون مقيدة بالمصلحة الظاهرة اذا نقص احد الامرين المذكورين ، وهما الشفقة وكمال الراى والتدبير •

٩٠ - وبناء على ما تقدم يختلف حكم تزويج الاولياء طبقا لما يأتى :

اولا : ان كان الولى هو الاب أو الجد من جهة الاب أو الابن ولم يعرف بسوء الاختيار فان ولايته تكون كاملة فله تزويج المولى عليه ، ويكون الزواج نافذا لازما ، حتى ولو كان بغير كفء وبغبن سواء كان فاحشا أو يسيرا • وهذا عند ابى حنيفة • اما عند الصاحبين فان الولى من هؤلاء لا يجوز له ان يزوج المولى عليها بغير كفء ، ولا يجوز الحط ولا الزيادة عن مهر المثل الا بما يتغابن الناس فيه ، فلا يجوز عندهما الغبن الفاحش في المهر ويجوز اليسير • وعلى ذلك فان العقد عندهما اذا كان بغير كفء أو بدون مهر المثل بغبن فاحش فانه لا يكون لازما • وسندهما في ذلك ان التزويج بغير الكفء أو بغير مهر المثل ليس فيه مصلحة ظاهرة ، ولا بد من التقييد بالمصلحة الظاهرة لان ولاية التزويج تثبت نظرا في حق المولى عليه •

اما ابو حنيفة فعنده ان ابا بكر الصديق زوج ابنته عائشه رضي الله عنها للنبى ﷺ على خمسمائة درهم ومهر مثلها كان اضعاف ذلك . والاب وافر الشفقة ينظر لولده ما لا ينظر لنفسه والظاهر انه لا يقدم على تزويجه هكذا الا لمصالح اخرى انفع واجدى **كموافقة الاخلاق وحسن الصحبة والمعاشرة بالمعروف وقلة الاذى** . ومثله الجد والابن . فكان في تصرفه هذا نظر للمولى عليه وليس فيه ضرر يلحقه . وليس هذا هو شان تزويج الأولياء غير من ذكروا ، لذلك تشترط بالنسبة لغيرهم وجود المصلحة الظاهرة في التزويج .

ثانيا : واذا عرف الاب أو الجد أو الابن بالفسق أو بسوء الاختيار حين العقد وزوج المولى عليه بكفء أو زوج بمهر المثل فان العقد يكون نافذا لازما . اما اذا حصل تزويج المولى عليها بغير كفء أو حصل التزويج بغير مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه عادة فان العقد يكون غير صحيح . والسبب في هذا الحكم ان الولى لم يتوافر فيه كمال الرأى كما في الفرض الاول .

ثالثا : اذا كان الولى غير الاب والجد والابن ، حتى ولو كان الام أو القاضي وزوج المولى عليها بغير الكفء أو زوج بغير مهر المثل ، زيادة أو نقصا ، بما لا يتغابن فيه الناس عادة فان النكاح لا يصح .

واذا حصل التزويج من كفء وبمهر المثل فان الزواج صحيح نافذ ولكنه غير لازم . ويكون للمولى عليه ، متى زال عنه سبب الولاية عليه خيار الفسخ . والدليل على ذلك قول النبى ﷺ لما زوج بنت عمه حمزة وهى صغيرة : « ولها الخيار اذا بلغت » . فيكون للصغير وللصغيرة هذا الخيار اذا بلغا ، وللمجنون والمجنونة اذا افاقا .

ويجب على الصغيرة اذا بلغت **وهي بكر** ورأت فسخ العقد ان تبادر الى ذلك فور بلوغها اذا كانت عالمة بالنكاح ، وفور علمها بعد البلوغ اذا لم تكن علمت به قبل ذلك . ولا يمتد خيارها الى آخر مجلس بلوغها او مجلس علمها

بالزواج . فاذا سكتت قليلا من غير اكراه اعتبر هذا مبطلا لخيارها لان سكوتها رضا بالزواج فلا يقبل منها دعوى الفسخ ، ولا عذر لها ان كانت تجهل ان لها الخيار أو تجهل وقته وشروطه لانه لا يعذر احد بجهله باحكام الشريعة .

ويجب ان تشهد شاهدين على اختيارها لنفسها ، وهذا ليس شرطا للاختيار بل شرط في الاثبات .

والثيب تختلف عن البكر البالغة فيما تقدم ، فاذا بلغت بعد الدخول وسكتت عند البلوغ فان هذا لا يعتبر منها رضا يسقط خيارها . وحقها في الفسخ انما يبطل بالرضا بالزواج صراحة كأن تقول : « رضيت بالزواج » ، أو دلالة ، كأن تطلب النفقة .

ومثل البنت في هذا الامر الفتى .

ويشترط في الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة ان يحكم القاضي بالفسخ . وقبل القضاء بالفسخ الزواج قائم والحقوق قائمة ، فله عليها حق الطاعة ولها عليه النفقة ويتوارثان ان مات احدهما قبل القضاء . والسبب في ذلك ان حق الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة حق ضعيف اذ هو مختلف فيه . والفسخ انما كان لتوهم ترك النظر للمولى عليه لقصور شفقة الولى هنا وهذا امر خفى موهوم ولذلك احتاج الى القضاء لكشفه . وفضلا عن ذلك فان الفسخ رفع لحكم ثابت فالنكاح أوجدحقوقا شرعية قائمة على اساس شرعى ، وهذا امر يحتاج في رفعه الى القضاء ، لان كل حق وملك ثبت باصل شرعى لا يزول الا بالتراضي أو بقضاء القاضي .

ويلاحظ ان القضاء شرط لثبوت الفسخ لا لثبوت الخيار . وعلى ذلك اذا تم اختيار المولى عليه لنفسه فانه لا يضر التأخر في رفع الدعوى بالفسخ امام القضاء والزوجية تظل قائمة حتى تفسخ بالحكم على ما مر بيانه .

والفرقة هنا ليست طلاقا لان الخيار يصح من الانثى ولا طلاق لها . ولا يقال ان النكاح لا يحتمل الفسخ فكيف يستقيم جعله فسخا لان معنى ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم ، واما قبل التمام فانه يقبل الفسخ (١) .

٩١ - وقد حكم بأنه اذا كان المزوج للصغيرة غير الأب والجد من الأولياء كان لها شرعا خيار الفسخ بالبلوغ فورا ان كانت بكرا ولا يمتد لآخر مجلس علمها . وبأن هذه الزوجة لو اعترفت بزوجيتها للزوج بالعقد الشرعي أو طلبت طلاقها منه باى سبب كان ذلك رضا منها بهذا النكاح ولاتجاب لطلبها الفسخ بعد ذلك . وبأن المقر يعامل باقراره شرعا متى كان هذا الاقرار صادرا من أهله . وبأن التنازل عن الدعوى لايبطل اقرار المقر بما أقر به شرعا في الدعوى المتنازل عنها (٢) .

وحكم بأن الزوج أحق بضم زوجته اليه من وليها العاصب وطاعتها لزوجها واجبة شرعا وبأن حكم الطاعة النهائى مثبت للزوجية بين طرفيه بدون حاجة لاثبات آخر معه . وبأن المراهقة التى لم تبلغ سن الخامسة

---

(١) الزيلعى جزء / ٢ ص ١٢٢ وما بعدها . وفيه ان خيار الفسخ بالبلوغ أو الافاقة اذا كان الزواج قد قام به غير الاب والجد والابن - هو قول ابى حنيفة ومحمد ولكن ابا يوسف يقول انه لا خيار للصغير ولا للصغيرة ولا المجنون والمجنونة هنا لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ قياسا على الاب والجد ، وهذا لان الولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر ، واذا صح النظر قام عقد الولى مقام عقد المولى عليه بعد بلوغه أو افاقته - البدائع جزء / ٢ ص ٢٤٥ وما بعدها - تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣١٢ وما بعدها .

(٢) محكمة أبو تيج الشرعية في ١٩٢٩/١٢/١٩ المحاماة الشرعية س/١ ع / ٦ رقم ١٤٨ ص ٥٢٤ ولم يستأنف الحكم . ومما جاء في أسبابه : قال الدر المختار وغيره من كتب المذهب في باب الولى : وان كان المزوج للصغيرة غير الأب والجد كان لها خيار الفسخ بالبلوغ ان كانت عالمة بالنكاح أو كان العلم بالنكاح بعد البلوغ . ويبطل هذا الخيار سكوتها وقت العلم به ولا يمتد لآخر المجلس .

عشرة وتدعى البلوغ ويؤيدها فيه الظاهر تصدق فيه ويكون زواجها في هـذه الحالة بكفء وبمهر المثل صحيحا لازما نافذا تترتب عليه أحكامه وليس لوليها حق الاعتراض عليه وان خالف القانون(١) ٠

وحكم بأنه اذا قال الزوج للبكر البالغة بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت ولا بينة لهما على ذلك ولم يكن دخل بها طوعا فالقول لها بيمينها ٠ كما لو زوجها أبوها زاعما عدم بلوغها فقالت أنا بالغة والنكاح لم يصح (أى لم ينفذ) وهى مراهقة ، وقال الأب أو الزوج بل هى صغيرة فالقول لها بلا يمين ان ثبت ان سنها تسع سنين ولم يكذبها الظاهر ٠ ومما جاء في الحكم كذلك ان بينة الزوج على رضا زوجته بالعقد أو اجازتها له أولى من بينة ردها وبينة المرأة أن أباها زوجها وهى بالغ ولم ترض أولى من بينة الزوج انها كانت قاصرة(٢) ٠

---

(١) محكمة جرجا الشرعية في ١٩٣١/١/٢٨ المحاماة الشرعية س/٥ ع ٩ ، ١٠ رقم ٢٣٦ ص ٨٨٧ وقد استؤنف وتأيد ٠

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/٥/٥ المحاماة الشرعية س/٣ ع/١ رقم ١٨ ص ٨١ ٠

المبحث الخامس

ولايــــة الاختيــــار

٩٢ ـ قلنا في مستهل الكلام عن الولاية انها تنقسم الى ولاية اجبار وولاية اختيــار وان الحنفية يسمون الأخيرة ولاية ندب واستحباب ٠

ونقول ان ولاية الاستحباب هذه هى **الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا** ، وهى تسمى هكذا في قول أبى حنيفة وزفر وقول لأبى يوسف ٠ وفي قول أبى يوسف الآخر وأيضا عند مالك والشافعى واحمد هى ولاية اختيار أو ولاية شركة ٠

وبناء على ذلك فان الحرة البالغة اذا زوجت نفسها فان هذا جائز في قول أبى حنيفة ومن معه سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء ، بمهر وافر أو قاصر ، غير انها اذا زوجت نفسها من غير كفء يكون للأولياء حق الاعتراض ، وكذا اذا زوجت نفسها بمهر قاصر عند أبى حنيفة ، فيكون للولى طلب اكمال المهر لمهر المثل أو فسخ العقد ٠ غير انه يستحب للمرأة ان تكل امر عقد زواجها لأحد أوليائها الأقربين ٠

وعند من يقولون ان الولاية على الحرة البالغة ولاية اختيار وشركة فهى ليس لها ان تنفرد بأمر زواجها بل يجب ان يشترك معها في الاختيار وليها ، وليس ذلك فقط بل يتولى هو صيغة العقد ، فالنساء تبعا لهذا الرأى لا ينعقد عقد الزواج بعبارتهن قط ولكن يجب حصول الرضا منهن بالزواج(١)٠

٩٣ ـ وقد استدل ابو حنيفة لرأيه بالقرآن والسنة والقياس ٠

---

(١) البدائع ج/٢ ص ٢٤٧ وما بعدها ـ الزيلعى ج/٢ ص ١١٧ وما بعدها ـ المبسوط ج/٣ ص ٩ ، ١٠ ـ مغنى المحتاج ج/٣ ص ١٥٠ ٠

اما القرآن فمنه قوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره »(١) . وقوله تعالى : « فلا جناح عليهما ان يتراجعا ان ظنا ان يقيما حـدود الله »(٢) فهذه الآيـات تصرح ان النكاح ينعقد بعبارة النسـاء لانها تفيد ان النكاح صادر منهن .

واما السنة فمنها قوله ﷺ « الأيم احق بنفسها من وليها »(٣) والأيـم اسم لامرأة لا زوج لهـا .

واما القياس فهى لما بلغت عن عقل وحرية فقد صارت ولية نفسها في النكاح كالصبى العاقل اذا بلغ . والولاية ثبتت على الصغيرة في النكاح لكونه تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وهى محتاجة اليه حالا ومآلا في حين انها عاجزة عن احراز ذلك بنفسها وبالبلوغ عن عقل يزول هـذا العجز فتزول ولاية الغير عنهـا وتثبت الولاية لها لأن النيـابة الشرعية انما ثبتت للضرورة فتزول بزوالها . وفضلا عن ذلك فالبالغة تتولى امر مالها دون ان يكون لاحـد سلطان عليها فيه ولا فرق بين أمر مالها وأمر نفسـها فالعـلة هى كمال الولاية فاذا بلغت عاقلة كملت ولايتها فكان لها أمر نفسها كما يكون لها أمر مالها(٤) .

وقد استدل المخالفون بحجج منها قوله تعالى : « فلا تعضلوهن ان ينكحن أزواجهن »(٥) فلولا ان له ولاية التزويج لمـا منع عن العضل ، وقوله

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٠ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٠ .

(٣) صحيح مسلم كتاب النكاح : باب استئذان الثيب في النكاح . انظر شرح النووى على مسلم جـ/٩ ص ٢٠٤ ـ مختصر السنن مع المعالم والتهذيب جـ/٣ ص ٤٢ .

(٤) السرخسي جـ/٣ ص ٩ ، ١٠ ـ البدائع جـ/٢ ص ٢٤٧ ـ الزيلعى جـ/٢ ص ١١٧ وما بعدها .

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٣٢ .

تعالى : « وانكحوا الايامى منكم »(١) : ، فهذا خطاب للأولياء ، والايم اسم لامرأة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ٠

ومنها قول الرسول ﷺ : « لا يزوج النساء الا الأولياء » ٠ وقوله : « لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل » ٠

ومما استدل به هؤلاء على وجوب اشتراك الولى في الاختيار قوله عليه الصلاة والسلام : ايما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، وان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له(٢) ٠

وفضلا عن ذلك فليس عقد الزواج كالعقود المالية وهو أعظم منها خطرا والتخلص من آثاره صعب بخلافها ، والمصلحة داعية لاشتراك الولى في الاختيار لأنه اكثر من المرأة معرفة بالرجال واقدر على الحكم بغير عاطفة او هوى ، وعار العقد يلحقه كما يلحقه فخاره(٣) ٠

٩٤ ـ ورأى ابى حنيفة هو المتفق مع روح العصر ٠

وبمقتضاه ان المرأة اذا زوجت نفسها من غير كفء فعلى ظاهر الرواية يكون للولى حق الاعتراض ، **ومعنى هذا ان العقد يكون صحيحا نافذا ولكنه غير لازم** ٠ وعلى رواية الحسن بن زياد يكون **العقد فاسدا اذا كان لها ولى عاصب** ، ورجح هذا الرأى الكمال بن الهمام في فتح القدير لأنه ليس كل أحد يرفع الأمر للقضاء ، وليس كل قاض يقضي بيسر من غير مشقة ، وقد يحصل دخول في اثناء ذلك فيكون منه الولد فلا يرفع العار ولا ترجى مصلحة ٠

---

(١) سورة النور آية رقم ٣٢ ٠

(٢) البيهقى في السنن الكبرى ٠

(٣) البدائع جـ/٢ ص ٢٤٧ وما بعدها ـ الزيلعى جـ/٢ ص ١١٧ وما بعدها ـ المبسوط جـ/٣ ص ٩ وما بعدها ـ مغنى المحتاج جـ/٣ ص ١٥٠ ـ المغنى جـ/٦ ص ٤٩١ وما بعدها ـ المدونة جـ/٢ ص ١٤٠ وما بعدها ـ الشرح الصغير جـ/٢ ص ٢١١ ٠

وقال بعض الفقهاء ان الولى له الاعتـراض حتى تلد ، والحق البعض الحمل الظاهر بالولادة ٠

واذا زوجت البالغة العاقلة نفسها باقل من مهر المثل فابو حنيفة يجعل للولى حق الاعتراض حتى يكمل المهر لمهر المثل والا يفسخ العقـد ٠ وقال ابو يوسف ان الولى ليس له الاعتراض لأن هذا ليس موضع عار لازم ولأن لها الاسقاط مهما تكن التسمية فلا فائدة في الاعتراض ورفعه الى مهر المثل ثم اسقاطه بعد ذلك(١) ٠

ما عليه العمـل :

٩٥ ـ بالنسبة للصغير والصغير : تقدم القول في صـــدد الـكلام عن شروط صحة النـكاح ان قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان يشترط بلوغ سن معينة لكى يكون الشخص أهلا للنكاح ٠

وطبقا للمواد من ٤ الى ٧ من هذا القانون :

١) لا يجوز لاحد اصلا ان يزوج الصغير الذى يتم السنة السابعة عشرة من العمر والصـغيرة التى لم تتم السنة التاسعة من العمر ٠ (مادة ٧) ٠ وبنـاء على ذلك فان الصـغير والصغيرة اللذين لم يبلغـا السن المذكورة لا يجـوز تزويجهما لا بولى ولا بغيره ٠ فلا أثر لولاية الاجبار في هذا المجال ٠

والمراهق بين السابعة عشرة والثامنة عشرة اذا رغب في الزواج وبين انه بلغ فللحاكم ان يأذن له بالزواج اذا كان حاله يتحمل ذلك (المادة ٥ ، المادة ٧ من قانون حقوق العائلة) ٠ وعلى ذلك فالمراهق هنا لا يحتاج في تزويجه للولى ويكفى اذن الحاكم ما دام ادعى البلوغ وكانت حاله تحتمله ٠ فليست هنا أيضا ولاية اجبار ٠

---

(١) البـدائع جزء/٢ ص ٢٤٧ ـ ٢٤٩ ـ الزيلعـى جزء/٢ ص ١١٧ وما بعدها ٠

والمراهقة التى بين التاسعة والسابعة عشرة من العمــر اذا رغبت في الزواج وادعت انها بلغت فللحاكم ٠ ان يأذن لهـا بالزواج ان كان حالهـا يتحمل ذلك واذن وليها ٠ (مادة ٦ ، مادة ٧ من قانون حقوق العائلة) ٠ وعلى ذلك فالمراهقة هنا تحتاج للزواج فضــلا عن اذن الحاكم **لاذن الولى** ، وهى تأخذ حكم البالغة لدعواها البلوغ وكون حالها يتحمل ذلك ٠ فهى قد خرجت عن كونها صغيرة غير بالغة ٠

والكبيرة التى اتمت السنة السابعة عشرة من العمر اذا طلبت ان تتزوج بشخص فان الحاكم يبلغ ذلك لوليها ، واذا لم يعتــرض الولى او رؤى ان اعتراضه غير وارد يأذن بزواجها ٠ (المادة ٨ من القانون المذكور) ٠ فهــذه المــادة تطلبت تبليغ الولى قبل عقد الزواج فاذا اعترض ورؤى ان اعتراضــه وارد فان الحاكم لا يأذن بالزواج ٠ واذا لم يعترض أو رؤى ان هــذا الاعتراض غير وارد فان الحاكم يأذن بالزواج ٠

٩٦ ـ وخلاصة هذه المواد انه لم يعد هناك مجال بالنســبة للصــغير ولا بالنسبة للصغيرة **لولاية** الاجبار في الزواج لا يجوز طبقا لها أصلا لغير البالغ ذكرا أو أنثى ٠ وانما جاز في المراهق والمراهقة بدعوى البلوغ وكون الظاهر يشهد لهذه الدعوى فيعطى كل منهما حكم البالغ شرعا ٠

اما بالنسبة لولاية الاختيار او ولاية الندب والاستحباب فان المـــادة السادسة من قانون حقوق العائلة استوجبت اذن الولى لكى يزوج الحاكم المراهقة التى ادعت البلوغ وهى من كانت بين سن التاسعة والسابعة عشرة ٠

والمادة الثامنة من القانون المذكور استوجبت أيضـا اذا رغبت الكبيرة التى اتمت السنة السابعة عشرة من العمــر في الزواج من شخص ان يبلغ الحاكم ذلك لوليها حتى اذا اعترض اعتراضا واردا فان الحاكم لا يأذن بالزواج ، وان كان اعتراضه غير وارد ٠ فانه يأذن به ٠

٩٧ - **الوضع بالنسبة للمجنون والمجنونة :** تنص المادة ٩ من قانون حقوق العائلة على انه : « لا يجوز نكاح المجنونة اذا لم يكن مبنيا على ضرورة . واذا وجدت ضرورة يعقد الولى النكاح باذن الحاكم » . ومعنى ذلك ان القاعدة عدم أهلية المجنون والمجنونة للزواج فلا يكون للولى عليهما ان يزوجهما وان زوجهما بدون ضرورة فالنكاح فاسد (المادة ٥٢ حقوق عائلة) لعدم توافر أهلية النكاح هنا . واذا كانت هناك ضرورة كان يقرر طبيب ثقة ان الزواج يشفى المجنون أو المجنونة أو انه لازم لهما فان الولى يعقد النكاح بشرط ان يأذن الحاكم . والولاية هنا ولاية اجبار .

٩٨ - وفي جمهورية مصر العربية لا يوجد ما يمنع الولى من تزويج المجانين ذكورا أو اناثا اذا كانوا كبارا . واما الصغار فان القانون رقم ٥٦ سنة ١٩٢٣ منع الموثقين من توثيق عقد الزواج الا اذا ثبت لديهم ان سن الزوجة لا تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج لا يقل عن ثماني عشرة . وبمقتضي هذا القانون لا تسمع الدعوى اذا كانت سن الزوجين وقت انشاء العقد دون هذه السن المحددة آنفا ولو كانت عند التقاضي لا تقل عنها ، ولكن رؤى في قانون المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٣١ ان يكون التقييد بهذه السن عند التقاضي لا عند الانشاء . والواضح مما تقدم ان المشرع في جمهورية مصر العربية اتجه لعدم السماع ولم يتعرض لصحة الزواج .

٩٩ - **وبالنسبة لمن له الولاية :** نصت المادة ١٠ من قانون حقوق العائلة على ان الولى في النكاح هو العصبة بنفسه على الترتيب . وهذا من القانون اتباع لمذهب الحنفية ولو انه اقتصر على ولاية العصبة ولم يتعد العصبة لغيرهم من ذوى الارحام كما فعل الامام ابو حنيفة . وهذا من القانون مذهب وسط .

١٠٠ - في جمهورية مصر العربية رأى الامام ابى حنيفة هو المعمول به لدى محاكم الاحوال الشخصية لانه هو المفتى به في المذهب الحنفى .

١٠١ - وبالنسبة لشروط الولي : نصت المـادة ١١ من قانون حقوق العائلة على انه يشترط في اهلية الولي للولاية ان يكون مكلفـا فلا ولايـة **للصبي والمجنون والمعتوه** على احد اصلا ٠ ويؤخذ من هذه المـادة انه يشترط في الولي ان يكون بالغـا عاقـلا ٠

الفصل السادس

الوكالة في الزواج

٣٠٢ ـ الوكالة أو التوكيل هو اقامة الشخص غيره مقامه في تصرف مملوك له يقبل الانابـة .

فيجب في الموكل ان يكون مالكا للتصرف الذي يوكل غيره فيه ، امـا اذا لـم يكن الموكل مالكا للتصرف فليس له ان يوكل غيره فيه لان فاقد الشيء لا يعطيه .

وعلى ذلك ،

فان كامل الاهلية من رجل أو امرأة يملك التوكيل في عقد زواجه لان كلا منهما له ان يزوج نفسه بنفسه فكان له ان يوكل غيره في ذلك (١) .

والولي يملك تزويج من هم في ولايته من فاقدي الاهلية أو ناقصيهـا لجنون أو عته أو صغر فله بنـاء على ذلك توكيـل غيره في تزويج من هـم في ولايتـه .

اما فاقد الاهلية أو ناقصها فليس له ان يوكل غيره في تزويجه لانـه هو نفسه لا يستطيع تزويج نفسه فلا يعقل ان يوكل غيره في تصرف لا يملكـه هـو .

---

(١) يلاحظ انه عند جمهور الفقهاء خلافا لابي حنيفة ولي البالغة العاقلة يتولى عنها العقد من غير توكيل لانه هو الذي يملك انشاء العقد وان كان لابد من رضائها .

ويجب فى التصرف محل الوكالة ان يكون قابلا للانابة • ومما لا يقبل الانابة من التصرفات الشهادة واليمين ، فلا يمكن للشاهد ان يوكل غيره فى ان يؤدى عنه الشهادة ، ولا يمكن لمن يريد الحلف ان يوكل غيره فى اداء اليمين عنه امام القضاء • والزواج من التصرفات التى تقبل الانابة فيجوز فيه التوكيل •

وعقد الوكالة فى الزواج لا تشترط فيه الشهادة شأنه فى ذلك شأن سائر العقود والشهادة انما تشترط في عقد الزواج ذاته اما عقد الوكالة فى الزواج فلا • لكن اذا خيف جحد الوكالة فان الشهادة عليها ينبغى ان تكون • وظاهر ان الشهادة هنا تكون للاثبات لا لصحة العقد •

حكم تصرفات الوكيل بالزواج :

١٠٣ ـ الاصل فى الباب ان الوكيل اذا خرج عن حدود التوكيل فانه يكون فضوليا لا ينفذ تصرفه على الاصيل الا ان يجيزه ما لم تكن المخالفة الى خير ، اذ فى الحقيقة ليس هنا خروج عن حدود الوكالة (١) •

١٠٤ ـ والتوكيل بالزواج قد يكون مطلقا فى الشخص ، أو فى المهر أو فيهما معا • وقد يكون مقيدا في الشخص أو في المهر أو فيهما معا • والموكل قد يكون هو الرجل أو المرأة •

١٠٥ ـ فاذا كان التوكيل مطلقا وامره بان يزوجه امرأة ، اى امرأة ولم يسم له مهرا فزوجه اى امرأة تحل له فان هذا الزواج صحيح نافذ فى قول ابى حنيفة ، يستوى فى ذلك ان يكون قد زوجه بمن تكافئه أو بمن

---

(١) الفضولى هو الذى يتصرف لغيره بغير ولاية ولا وكالة • وصفة عقد الفضولى انه صحيح غير نافذ • والاصل ان كل عقد صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة • وقال الشافعى ان تصرفات الفضولى كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولى لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو عقد الفضولى • لكن الحنفية عندهم ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده ، فينعقد موقوفا ، حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه • وقد يتراخى حكم العقد عن العقد • (البحر الرائق جزء / ٣ ص ١٤٧ ، ١٤٨) •

هى دونه ، وان يكون زوجة بمهـر المثـل أو باكثر منه بغبن فاحش أو غير فاحش ، وان تكون الزوجة سليمة من العيوب والعاهات أو تكون معيبة أو ذات عاهة مثل العمياء أو مقطوعة اليدين أو المفلوجة أو المجنونة .

وعند الصاحبين يكون العقد في مثل الاحـوال المذكورة ـ عدا توافر الكفاءة ومهر المثل ـ غير نافذ في حق الموكل ، فيكون موقوفا على الاجازة ، وان اجازه نفذ وان لم يجزه بطل .

استدل ابو حنيفة على رأيه بعدم التهمة وبأن اللفظ هنـا مطلق ، فالموكل لـم يعين امـرأة ولـم يذكر مهـرا معينا ولـم يقيد الوكيل بالسـلامة من العيوب والعاهات . فيـكون الوكيل قد نفذ مقتضي الوكالة ولم يخالف فيضحى عقده نافذا على الموكل .

اما الصاحبان فقالا ان المطلق ينصرف الى ما جرى عليه العرف وهـو التزوج بالاكفاء والسلامة من العيوب والعاهات وكون المهـر مهـر المثل . وكل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فليس الشخص فى حاجة لمعـين كى يتزوج زوجة اى زوجة ، لذلك كانت الاسـتعانة لاجل التزوج بالكفء مـع السـلامة من العيوب وعدم تخطى مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة (١) .

وقول الصاحبين هو الاحسن للفتوى ، وقد اختاره ابو الليث ، وهـو الذى عليه العمل فى المذهب الحنفى .

١٠٦ ـ والمستفاد من التعليل لرأى ابى حنيفة بعدم التهمة ان الوكيـل هنا لو كان فى تزويجه للموكل متهما فان العقد يكون موقوفا على اجازة الموكل عند ابى حنيفة والصاحبين .

---

(١) البحر الرائق جزء / ٣ ص ١٥١ والحواشى المسماة بمنحـة الخالق على البحر الرائق للسيد محمد امين الشهير بابن عابدين ، وهى على هامش المرجع المذكور ـ التنوير والدر وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ ـ الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٣٤ ، ١٣٥ ـ البدائع جزء / ٢ ص ٢٤٦ .

ومن الحالات التى هى موضع تهمة ان يزوج الوكيل الموكل ، الذى لم يعين له امرأة ، بمن هى في ولايته كبنته الصغيرة ، اذ الشأن في الولى ان يميل نحو من هى في ولايته فاورث هذا تهمة فكان العقد موقوفا على الاجازة (١) ٠

ومنها كذلك ان يوكله في ان يزوجه امرأة فيزوجه بمن ليست في ولايته ممن لا تقبل شهادته لها وهى الاصل والفرع ، ومثال ذلك ان يزوج الوكيل الموكل ابنته الكبيرة فهى ان كانت تكافئه وكان المهر مهر مثلها فان ابا حنيفة يجعل العقد هنا موقوفا على اجازة الموكل لانه في موضع تهمة ٠ اما الصاحبان فالعقد عندهما نافذ لان التهمة منتفية ما دامت الكفاءة متوافرة وكذلك مهر المثل ٠ وغنى عن البيان ان الامام وصاحبيه متفقون على ان العقد يوقف على الاجازة اذا لم تكن الزوجة هنا مكافئة للموكل أو كانت ذات عاهة أو كان المهر ازيد من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة (٢) ٠

١٠٧ ـ ولو كان التوكيل من جانب المرأة وكان مطلقا فان حصل الزواج بكفء وبمهر المثل فان العقد يكون نافذا عليها دون حاجة للاجازة ، سواء كان لها ولى عاصب ام لم يكن ٠ واذا زوجها من غير كفء فقد قيل ان الخلاف الذى بين الامام وصاحبه في التوكيل من جانب الرجل يجرى هنا فلا يكون هناك فرق بين الحالتين ٠ ولكن الصحيح ان الزواج لا ينفذ في حقها عند الامام وصاحبيه ، اما الصاحبان فلما ساقاه من حجج في حالة كون التوكيل من رجل ٠ واما ابو حنيفة فلأن الكفاءة معتبرة في حقها فهى تعير بعدم الكفء فيجب التقليد بتزويجها من كفء لها بخلاف الرجل فانه لا يعير بتزوجه ممن

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ ـ والزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٣٥ ٠

(٢) الزيلعى جزء / ٢ ص ١٣٥ ـ حاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ ٠

لا تكون مكافئة له . وعلى هذا الرأى يكون العقد موقوفا على اجازتها باتفاق بين الامام وصاحبيه .

واذا كان للموكلة هنا ولى عاصب فان الوكيل يتقيد بالكفء لانه يستمد سلطته منها ، وهى ان زوجت نفسها من غير كفء ولها ولى عاصب فان الزواج يكون غير صحيح على القول الراجح ، فيكون هذا هو حكم تزويج الوكيل من غير كفء .

ولو زوجها بمن به عيب أو عاهة مع كونه كفؤا ومثله الاعمى والمقعد والمعتوه فان الخلاف يجرى فى مثل هذه الاحوال بين الامام والصاحبين ، فعنده يجوز وعندهما لا يجوز .

ولو زوجها بدون مهر المثل بما لا يتغابن الناس فيه عادة فان الخلاف هنا كذلك قائم بين الامام والصاحبين : فعنده ان الزواج صحيح نافذ عليها لا يتوقف على اجازتها وذلك بناء على ان التوكيل مطلق لم يقيد بمهر معين ولعدم التهمة . وعند الصاحبين ان العقد هنا موقوف على اجازتها فهو غير نافذ بالنسبة لها حتى تجيزه لان الاطلاق يتقيد بالعرف وان الاستعانة بالوكيل انما تكون للمصلحة الظاهرة وهى لا تكون باقل من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس عادة . وهذا كله بالنسبة للموكلة ، اما بالنسبة لوليها العاصب ان وجد فان له على كل حال الاعتراض دفعا للعار عنه ويكون ذلك برفع المهر لمهر المثل أو بفسخ العقد .

١٠٨ - ولو زوجها بمن لا تقبل شهادتهم له فانه لا يجوز عند ابى حنيفة للتهمة سواء كان بكفء وبمهر المثل ام لا . وقال الصاحبان ان الزواج اذا كان بكفء وبمهر المثل يجوز لان التهمة هنا منتفية .

كذا لو وكلته في ان يزوجها دون تعيين فزوجها من نفسه لا يجوز بمعنى ان يكون موقوفا على اجازتها . ومثل الذى قيل في هذه يقال اذا كان التوكيل من رجل لا امرأة لانه عند الاطلاق يكون المراد الزواج به غير معلوم فلا يدخل

فيه الموكل وهو معلوم ومن يوكل شخصا في تزويجه لا يفهم منه عادة ان العقد يكون معه بل يكون مع عاقد آخر ولو قصد الموكل كون العقد مع الوكيل لبين ذلك (١) .

١٠٩ - ولو كان التوكيل مقيدا ، سواء كان في الشخص أو في المهر أو فيهما معا فاذا كان الموكل رجلا فزوجه الوكيل بمن عينها وبالمهر الذى حدده فان العقد يكون نافذا في حق الموكل لان الوكيل التزم حدود التوكيل . واذا امره بان يزوجه معينة فزوجه من غيرها فان العقد لا يكون نافذا في حق الموكل الا ان يجيزه لان الوكيل هنا فضولى ، وكذلك اذا خالف في المهر الى زيادة كأن يكون طلب اليه تزويجه بالف فزوجه بالفين . اما اذا كانت المخالفة الى النقص فان العقد يكون نافذا في حق الموكل لان الذى يرضي بالكثير يرضي بالقليل من باب اولى فلا تكون هناك مخالفة لحدود التوكيل حقيقة .

ولو كانت الموكلة هى المرأة فزوجها بمن عينت وبالمهر الذى حددته فان العقد يكون نافذا في حقها . ويستوى في ذلك ان يكون الزوج كفؤا لها والمهر مهر مثلها أو لم يكن شيء من ذلك . واذا خالف الوكيل في الشخص فان العقد يتوقف على اجازتها لانه فضولى هنا ، واذا خالف في المهر فان زوجها مثلا بالف وهى قد حددت الفين فالعقد موقوف على اجازتها ، بخلاف ما اذا كانت المخالفة الى خير كأن يكون زوجها بالفين في حين انها عينت له الفا مثلا لانه لا مخالفة هنا في الحقيقة لحدود التوكيل .

وهذا اذا لم يكن للمرأة ولى عاصب اما اذا كان وزوجها الوكيل من غير كفء فالعقد لا يصح على الرأى الذى عليه الفتوى ، لان هذا هو الحكم لو زوجت هى نفسها من غير كفء . وان كان الزواج بأقل من مهر المثل

---

(١) راجع في كون التوكيل من المرأة مطلقا : والزيلعى والشلبى جزء/٢ ص ١٣٥ - البحر جزء / ٣ ص ١٤٦ - تنوير الابصار والدر المختار وابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ ، ٣٣٤ - البدائع جزء / ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

فانه صحيح نافذ لكنه غير لازم في حق الولى فله طلب فسخه امام القضاء ما لم يكمل الى مهر المثل أو تكون الزوجة قد ولدت أو ظهر بها حمل .

١١٠ - والوكيل في الزواج سفير ومعبر ، وعلى ذلك فان مهمته تنتهى بتمام العقد ولا تعود اليه احكامه ، فليس للزوج ان يطالبه بادخال الزوجة في طاعته ، بل يطالب الزوجة بالدخول في طاعته ، وليس للزوجة ان تطالبه بالمهر بل تطالب به الزوج ، اما اذا كفل الوكيل الزوج في المهر فان الزوجة لها ان تطالبه به ، لكن المطالبة هنا اساسها عقد الكفالة لا عقد الزواج (١) .

١١١ - ومما يتصل بما سبق نطاق التوكيل اذا كان في جميع أمور الزوجية :

وقد حكم بأن الوكيل في جميع أمور الزوجية وفي الاقرار فيها يملك الاقرار بالطلاق وبأن الوكيل بهذه الصفة ليس من قبيل الوكيل العام الذى اختلف في أنه يملك الطلاق والاعتاق والوقف أو لا يملك لأن المتبادر من التوكيل في أمور الزوجية والاقرار فيها ارادة الاقرار بكل أمور الزوجية وهى مسائل محدودة ، وفي مقدمتها الاقرار بالزواج والطلاق (٢) .

---

(١) يراجع في الوكالة في الزواج :

تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها - البحر الرائق ومنحه الخالق على هامشه جزء / ٣ ص ١٤٦ وما بعدها - الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٣٤ ، ١٣٥ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٢٠ المحاماة الشرعية س ٩ ع ٤ ص ٣٤٦ رقم ٦٩ .

الفصل السابع

الكفاءة في الزواج

١١٢ - تعريفها :

الكفاءة في اللغة المساواة والمماثلة ، والكفؤ هو النظير ومنه قول الرسول ﷺ ، « المؤمنون تتكافا دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم » ٠

وهى في اصطلاح الفقهاء مساواة الرجل للمرأة في امور مخصوصة بحيث لا تعير الزوجة ولا الاولياء بزواجها منه ٠

هل الكفاءة مشترطة في الزواج :

١١٣ - نتكلم في هذا المجال عن مشروعية الكفاءة من حيث المبدأ ، بمعنى هل هى مشترطة في الزواج أم لا ٠ وعما تكون فيه الكفاءة عند من يشترطونها ٠

١١٤ - ١) **اما عن المسالة الاولى :** فقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم اشتراط الكفاءة في الزواج اصلا ٠ ومن هؤلاء ابو الحسن الكرخى وابو بكر الرازى المشهور بالجصاص من الحنفية وكذلك سفيان الثورى ٠ وقد استدلوا بحجج :

١) منها في القرآن : قوله تعالى : « ان اكرمكم عند الله اتقاكم »[1] ٠

٢) وفي السنة قول الرسول ﷺ : « الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى الا بالتقوى » فقد امر الرسول ﷺ بنى بياضة أن يزوجوا ابا هند وكان حجاما ٠ وامر قوما من الانصار ان يزوجوا بلالا رضي الله عنه ٠

---

(١) سورة الحجرات آية رقم ١٣ ٠

٣) وفضلا عن ذلك فان الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لا عتبرت في الدماء وهذا غير حاصل اذ يقتل الشريف بقتله الوضيع فاولى الا تعتبر في الزواج ٠

وذهب جمهور الفقهاء الى اعتبار الكفاءة في الزواج ٠ ومما استندوا عليه تأييدا لمذهبهم قول الرسول ﷺ : « الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن من الاكفاء » ، وان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على اغراض ومقاصد منها الازدواج والصحبة والالفة وتأسيس القرابات ولا يكون ذلك على وجهه الصحيح عادة الا بين الاكفاء وان العادة جرت على التعيير بعدم االكفاءة فيتضرر الاولياء بعدمها كما تتضرر الزوجة بزواجها ممن ليس كفؤا لها ٠

وقد رد الجمهور على حجج المعارضين بان المراد بالآية الكريمة والحديث الشريف آنفى الذكر حكم الآخرة لا حكم الدنيا ، واذا لم يكن هذا مرادا فان فيهما دليلا على اعتبار الكفاءة اصلا استدلالا ساقطا ٠

١١٥ - ٢) **واما عن المسالة الثانية** فان جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على ان الكفاءة مشترطة في الزواج لكنهم اختلفوا فيما تعتبر فيه الكفاءة من الامور :

فمالك يعتبر الكفاءة في الدين استنادا على قوله تعالى : « أن أكرمكم عند الله اتقاكم » ، وقول الرسول ﷺ « الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربى على عجمى الا بالتقوى » ٠

وعند مالك ايضا الكفاءة في السلامة من العيوب الجسيمة المستحكمة التى لا يمكن دوام العشرة معها الا بضرر ، وبالنسبة للحرية فالمروى عن مالك روايتان ، احداهما تجعلها من الكفاءة والثانية لا تجعلها كذلك ٠

وعند الشافعية الكفاءة معتبرة في امور هى : الدين والنسب والحرية والصنعة ٠ وقيل ان من الامور التى تعتبر فيها الكفاءة الخلو من العيوب ، واختلف في اليسار والغنى فقال البعض انه يعتبر في الكفاءة وقال آخرون

بعدم اعتباره لأن المـال غاد ورائح ولا يفتخر به من عنده مروءة • وعند بعض متأخرى هذا المذهب ان التقارب في السن بين الزوجين معتبر ، وعلى هـذا الرأى لا يكون الشيخ الهرم كفؤا لفتاة شابة •

والمذهب الحنبلى فيه روايتان عن أحمد : احداهما انه كالمذهـب الشافعى ما عـدا السلامة في الجملة والثانية انه لا كفاءة الا في التقـوى والنسـب •

والحنفية اعتبروا الكفـاءة في ستة امـور هى : النسب والحرية والاسلام والديانة والمـال والحرفة •

واما النسب : فالاســاس فى اعتباره هو العرف الذى يجعل النسب محل التفاخر والتفاضل والتعاير والهجاء والمـدح • وقال فقهـاء الحنفية : ان العرب هم الذين يتفاخرون بالانساب دون غيرهم من الاعاجم ولذلك جعلوا النسـب معتبرا في الكفاءة عند العرب بخلاف الاعاجم فانهم لا يتفاخرون بالانساب ولا يجعلونها محل اعتزازهم وهجوهم ومدحهم • والفقهاء كذلك في العـرب يفرقون بين القرشي وغيره فيجعلون القرشي كفؤا للقرشية ولا يجعـلون العربى غير القرشي كفؤاللقرشية الا ان يكون غير القرشي ذا نسب مشهور فقد قال محمد : انه يكافىء القرشية • وعندهم ان العرب عدا قريش اكفاء لبعض •

وهذا النظر في التفرقة بين العربى والاعجمى غير سـديد فمن الاعاجـم من يتفاخر بالنسب كالعرب وما دام ان الامر مرده العرف فان كان العرف في قوم من الاعاجم على تفاخرهم بالنسب فانه ينبغى جريان الحكم هنا فيكون النسب معتبرا في الكفاءة عند هؤلاء القوم من الاعاجم •

وينبغى التنبيه الى ان الاحنـاف يقولون بان الاعجمى كفؤ للعـربية بل للقرشية اذا كان عالمـا لان العلم شرفه يعلو شرف النسب •

واما الاسلام : فان الكفاءة معتبرة فيه في حق غير العـرب لانهـم يفتخرون بعد اسـلامهم بالاسلام دون النسب ، لا فى حق العرب فانهم يتفاخـرون

بالانساب لا بالاسـلام . والمقصود هنا بالاسلام هو اسلام آباء الزوج لا اسلامه هو لانه لو لم يكن مسلما لا يجوز زواجه بالمسلمة . والكفاءة في الاسـلام تتحقق عند ابى حنيفة ومحمد اذا كان للزوج اب وجد مسلمان ، فان كان كذلك فانه يكون كفؤا للمسلمة التى لها في الاسـلام اب واجداد . اما ابو يوسف فانه يكتفى لكى يكون المسلم كفؤا للمسلمة التى لها في الاسـلام اب واجداد ان يكون ابوه مسلما . واساس الخلاف ان التعريف عنده يكفى فيه ذكر الاب وعندهما لابد فيه من ذكر الاب والجـد .

واما الحرية : فهى كالاسلام تعتبر الكفاءة فيها عند غير العـرب لا عند العرب لانه لم يقبل من العرب الا الاسلام أو القتل والاصل في اعتبـار الحرية ان الرق عيب وانه يجلب من العـار أكثر مما يجلبه سـوء النسب . والخلاف الذى بين ابى حنيفة ومحمد من جهة وابى يوسـف من جهة اخـرى بصـدد الاسـلام يجرى هنا كذلك .

واما الديانة : فالمقصود بها الصلاح والاستقامة فلا يكون الرجـل الفاسق كفؤا للصالحة بنت الصالح بل يكون كفؤا لفاسقة بنت فاسق ، أو لفاسقة بنت صالح وليس لابيها حق الاعتراض لان ما يلحقه من العار بفسق ابنته أكثـر مما يلحقه بفسق صهره . اما ان كانت صالحة بنت فاسق فزوجت نفسـها من فاسـق فليس لابيها حق الاعتراض لانه فاسق مثله وهى قد رضيت به .

وقد اختلف الفقهاء في المذهب الحنفى في اعتبار الديانة هنا :

فقد قيل ان الكفاءة في الديانة معتبرة عند ابى حنيفة وابى يوسف وان هذا من اعلى المفاخر والمـرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسـبه ، وان محمدا لا يعتبرها لانها من امـور الآخرة فلا تنبنى عليها احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه ويخرج سكران ويلعب به الصبيان لانه هنا يكون مستخفا به . وروى عن ابى يوسف ان الفاسق اذا كان معلنا فسقه فهـو غير كفء ، وان كان مستترا فهو كفء .

وقد قيل أيضا ان محمدا يرى اعتبارها الا ان يكون الفاسق مهيبا ذا شوكة بين الناس تمحو عار فسقه وان ابا حنيفة لم يعتبرها مطلقا ، وقيل ان هذا هو الاصح ·

واما المال فانه معتبر في الكفاءة لان التفاخر به أكثر من التفاخر بغيره عادة · والمراد بالمال هنا ان يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة فان لم يكن مالكا لهما فلا يكون كفؤا للزوجة · والمراد بالمهر ما تعورف على تعجيله ولا يعتبر باقى المهر · وعن ابى يوسف انه لم يعتبر القدرة على المهر لانه تجرى المساهلة فيه ويعد الشخص بالنسبة له قادرا بقدرة ابيه أو غيره ممن جرت عادتهم باهدائهم المهر للزوج حال يسارهم ولان المال لا ثبات له بل هو غاد ورائح ·

واما عن المراد بالنفقة فقد قيل ان المعتبر نفقة سنة ، وقيل نفقة ستة اشهر وقيل نفقة شهر ، وقيل انه ان كان من اصحاب الحرف فالقدرة متحققة بكونه كسوبا ولو كان لا يتكسب الا ما ينفق منه يوما بيوم ، وان لم يكن صاحب حرفة فالمعتبر القدرة على نفقة شهر ·

وما تقدم هو حكم الكفاءة في المال · لكن هناك ايضا الكفاءة في الغنى واليسار وهو ان يكون الزوج قريبا من الزوجة في الثروة ان كانت ذات ثراء ظاهر ، وهذا الامر محل خلاف : فابو حنيفة ومحمد على ان من ملك المهر والنفقة لا يكون كفؤا لمن كانت فائقة في الغنى · وهذا الرأى ليس بشيء كما عبر بذلك الزيلعى في شرح الكنز · والاصح في المذهب الحنفى ان الكفاءة في الغنى ليست معتبرة لان المال غاد ورائح ·

واما الحرفة :فالمقصود بها كل عمل يزاوله الانسان لكسب رزقه من زراعة أو صناعة أو تجارة أو وظيفة الى غير ذلك · والمقصود بالكفاءة في الحرفة ان يكون الزوج مساويا لابى الزوجة في الحرفة أو قريبا منه · ومرد اعتبار الحرفة هنا هو جريان العرف على ان الناس يتفاخرون بشرف الحرفة

ويتعيرون بدناءتها • وهذا امر يختلف باختلاف الزمان والمكان ، فقد تكون حرفة معينة شريفة في مكان أو في زمان معين ولا تكون كذلك في مكان أو زمان غيره لان العرف ليس ثابتا بل هو دوما عرضة للتغيير •

واعتبار الكفاءة في الحرفة هو قول ابى يوسف ومحمد لان الناس كما ذكرنا يتفاخرون بشرف الحرفة ويتعيرون بدناءتها ، اما ابو حنيفة فانه لا يعتبر الكفاءة في الحرفة اصلا لانها ليست ملازمة للشخص ولا دائمة ويمكنه ان يتحول الى انفس من الحرفة التى يمارسها •

وقد روى عن ابى يوسف مثل قول ابى حنيفة الا ان يكون الفرق بين الحرفتين فاحشا وضرب مثلا بالدباغ والحجام •

١١٦ ـ وقد نصت المادة ٤٥ من قانون حقوق العائلة على انه يشترط في لزوم النكاح ان يكون الرجل كفؤا في المال والحرفة وامثال ذلك والكفاءة في المال ان يكون الزوج مقتدرا على اعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة والكفاءة في الحرفة ان تكون تجارة الزوج أو خدمته التى سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولى الزوجة أو خدمته •

والذى يستفاد من هذه المادة ان الكفاءة في حد ذاتها معتبرة وهى قد ذكرت الكفاءة في المال وفي الحرفة وامثال ذلك وكان يجب ان ينص على المقصود بامثال ذلك حتى لا يكون الامر مربكا في التطبيق • وهو في بيان المقصود بالمال ذكر ان الكفاءة فيه تكون بالقدرة على اعطاء المهر المعجل وعلى القيام بنفقة الزوجة ، واطلاق كلمة النفقة يعطى القاضي فرصة في التطبيق ويسعه اعتبار توافر القدرة عليها بالنسبة للكسوب بالقدرة على كسب النفقة يوما بيوم ، وبالنسبة لغيره بنفقة شهر • والقانون بالنسبة للحرفة ذكر ان تكون تجارة الزوج أو خدمته التى سلكها مقاربة في الشرف لتجارة ولى الزوجة أو خدمته • وهو في اعتبار الحرفة في الكفاءة قد اتفق مع رأى ابى يوسف ومحمد خلافا لابى جنيفة الذى لا يعتبرها اصلا وكان يحسن في الصياغة ان يقال : « ان يكون عمل الزوج مقاربا في الشرف لعمل ولى الزوجة » : حتى يكون التعبير أكثر شمولا •

من تعتبر في جانبه الكفاءة :

١١٧ - الاصل ان الكفاءة تعتبر في جانب الزوج ولا تعتبر في جانب الزوجة ، فالزوج لا يكون كفؤا لزوجته الا اذا لم يكن دونها في الامور المعتبرة في الكفاءة اما الزوجة فان كانت دون زوجها فيما تعتبر فيه الكفاءة فان الكفاءة لا تعتبر مع ذلك مفقودة بينهما ومن أهم اسباب هذا الحكم ان الزوج يملك ان يطلق زوجته في اى وقت وعلى ذلك فانه بالطلاق يتمكن من رفع الضرر عنه بسبب عدم الكفاءة وهذا ليس موجودا بالنسبة للزوجة فليس لها الطلاق وأكثر ما تملكه ان تطلب من القاضي التطليق من زوجها في حالات معينة فقط ، وفضلا عن ذلك فان العرف جرى على ان المرأة واولياءها يتعيرون من الزواج بمن لا يكافئها ولا يتعير الرجل بالزواج بمن لا تكافئه ، كما ان العادة جارية ايضا على ان من يتزوج الاقل منه مكانة يرفع من شأنها ويعلى مكانتها بخلاف من تتزوج الاقل منها مكانة فانها لا ترفعه بالزواج الى مكانتها الاجتماعية . واخيرا فاعتبار الكفاءة من جانب الرجل لكى يكون مماثلا ومساويا لزوجته فيه تقدير للمرأة ورفع لشأنها حتى لا يتزوجها من هو دونها منزلة بين الناس .

ويستثنى من الاصل المتقدم حالتان تشترط فيهما ان تتحقق في الزوجة الكفاءة لزوجها وهما :

١) ان يكون الزوج فاقد الاهلية ، أو ناقصها ويتولى تزويجه غير الاب والجد والابن ، أو يزوجه واحد من هؤلاء ان كان معروفا بسوء الاختيار . فهنا يجب في الزوجة ان تكون مكافئة للزوج ، والا كان الزواج غير صحيح .

٢) وان يوكل الرجل غيره في تزويجه توكيلا مطلقا فهنا لا ينفذ الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته متى كانت المرأة غير مكافئة له ، وهذا على رأى الصاحبين المعمول عليه في المذهب الحنفى ، فالكفاءة في هذه الحالة تعتبر شرطا لنفاذ عقد الزواج من غير توقف على اجازة الموكل (١) .

---

(١) المستفاد من مواد قانون حقوق العائلة خصوصا المادة (٤٥) انه اعتبر الكفاءة في جانب الزوج فقط لقولها : « يشترط في لزوم النكاح ان يكون الزوج كفؤا للمرأة ..... » .

١١٨ ـ وقت اعتبار الكفـاءة :

المعتبر في الكفاءة ان تتوافر وقت انشاء عقد الزواج فـلا يضر ان تتخلف بعد ذلك فهى شرط انشاء لا شرط بقاء ٠ ولو اشترطنا دوام الكفاءة لبقـاء الزواج لادى ذلك لعدم اسـتقرار الزوجية بين الناس ٠ وبناء على ذلك اذا كان الزوج وقت الزواج على دين وفسق بعده ، او كان قادرا على دفع المهـر والنفقة وطرا عليه العجز بعده ، او كان وقت الزواج ذا حرفة رفيعة وزالت عنـه بعـده واحترف حرفة خسيسة فان هذا لا يؤثر في الزواج الذى عقد وقت ان كـان الزوج كفؤا للزوجة وليس هناك من عار يلحق بالزوجة بتغير حال الزوج هكذا بل ان الصبر على تغير الحال هو الذى تحمد عليه الزوجة (١) ٠

من له حـق الكفـاءة :

١١٩ ـ الكفاءة حق للزوجة وحق للاولياء وعلى ذلك فان اسقطت هى حقها في الكفاءة لا يسقط حق الاولياء واذا اسقط الاولياء حقهم فيهـا دونهـا فان حقها لا يسقط ، ويستثنى من ذلك حالة واحـدة وهى ان يزوج فاقـدة الاهلية أو ناقصتها الاب أو الجـد أو الابن الذى لم يعرف بسـوء الاختيار من غير كفء فقد قلنا قبلا ان العقد هنا نافذ في حقها وليس لها خيار اذا زال عنها سبب الولايـة ٠

١٢٠ ـ ويتفرع على ما تقدم :

١) اذا زوجت الكاملة الاهلية نفسها من غير كفـء عالمـة بذلك من غير رضا وليها فان له حق الاعتراض وطلب التفريق امام القضـاء وهـذا على ظاهر الرواية ، اما على رواية الحسن بن زياد وهى التى عليها الفتوى في المذهب الحنفى فان العقد يكون غير صحيح ٠ والفرقة هنا لا تكون الا بقضـاء القاضي

---

(١) المـادة ٤٦ من قانون حقوق العائلة على انه : « تعتبر الكفاءة في ابتداء العقد فاذا زالت بعد العقد لا تؤثر فيه » ٠

فالنكاح ينعقد صحيحا وتبقى له جميع احكامه من ارث وطلاق الى ان يفرق الحاكم بينهما وذلك في ظاهر الرواية ٠ والفرقة هنا ليست طلاقا بل هى فسخ، فلو فرض انه تزوجها بعد الفرقة زواجا جديدا فانه يملك عليها ثلاث طلقات ٠

وقد نصت المادة ٤٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « لو كتمت الكبيرة وليها وزوجت نفسها لاخر بدون استحصال رضائه ينظر ٠ ان تزوجت كفؤا فالعقد لازم ولو كان بانقص من مهر المثل ٠ اما اذا تزوجت شخصا غير كفء فللولى ان يراجع الحاكم ويطلب فسخ النكاح » ومعنى هذه المادة ان الكاملة الاهلية اذا زوجت نفسها بدون رضا وليها من غير كفء فان له حق الفسخ ٠ ومعنى هذا ان المشرع اللبنانى اختار الرواية التى ليست عليها الفتوى في المذهب الحنفى وهى ظاهر الرواية التى مقتضاها ان الولى يكون له الاعتراض وطلب التفريق امام القضاء اذا زوجت الكبيرة نفسها من غير كفء بدون ان تحصل على رضائه ٠ والرواية الاخرى في المذهب الحنفى التى لم ياخذ بها هذا القانون هى رواية الحسن بن زياد وبمقتضاها يكون العقد غير صحيح في الحالة المذكورة ٠

والولى الذى له حق الاعتراض هو الولى القريب ، وعلى ذلك فاذا تعدد الاولياء فالاقرب هو الذى يملك هذا الحق فاذا رضي بغير الكفء فان من بعده من الاولياء لا يثبت لهم حق الاعتراض ، واذا لم يرض الولى الاقرب فلا يجزىء عنه رضا الولى الأبعد ٠ واذا تعدد الاولياء وتساووا بان كانوا مثلا اخوة اشقاء للزوجة فان رضي بعضهم ولم يرض البعض كان رضا البعض كرضي الكل ، فليس لمن لم يرض حق الاعتراض وهذا هو رأى ابى حنيفة ومحمد ٠ وقال ابو يوسف انه اذا رضي البعض فلا يسقط حق من هو مساو له من الاولياء ٠ وجه قولهما انه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لا يتجزأ وهو القرابة فيثبت لكل من هؤلاء الاولياء كاملا ، نظيره حق العفو عن القصاص

فانه ثابت لجميع الاولياء المتساوين ، فاذا اسقطه بعضهم سقط عن الباقين . ولابى يوسف ان الكفاءة حق للكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك اذا تنازل احد الدائنين عن حقه فيه سقط حقه فقط دون حق الباقين ، وفضلا عن ذلك فرضاء احد الاولياء المتساوين ليس اقوى من رضا الزوجة وهى اذا رضيت دون الاولياء لا يسقط رضاها حقهم فاولى الا يسقط حق باقى الاولياء اذا رضي بعضهم .

والرأى الراجح ان رضا البعض عند تعدد الاولياء المتساوين يسقط حق باقيهم فلا يكون لهم الاعتراض .

وقد نصت المادة ٤٩ من قانون حقوق العائلة على ان : « رضاء احد الاولياء المتساوين في الدرجة يسقط حق اعتراض الآخرين ، وكذلك رضاء الولى البعيد في الدرجة اذا كان الولى الاقرب غائبا يسقط حق اعتراضه » . ومفاد هذه المادة ان المعتبر هو رضا الولى الاقرب فاذا كان غائبا فرضا الولى الابعد الحاضر . وانه اذا تعدد الاولياء وتساووا في كل فان رضا البعض يكفى ويسقط حق اعتراض الباقين وهذا من القانون اتباع لرأى أبى حنيفة ومحمد خلافا لرأى ابى يوسف على ما مر ، ومسلك القانون هنا مسلك محمود لانه اخذ بالراجح في المذهب الحنفى في هذه المسألة .

(١٢١ ـ ٢) واذا زوج الولى المرأة الكبيرة البالغة من غير كفء بدون رضاها ولا اذنها فان العقد يكون موقوفا على اجازتها ، فان اجازته نفذ وان لم تجزه فلا .

١٢٢ ـ ٣) واذا زوجت الكبيرة البالغة نفسها من رجل دون ان تعلم حاله أو تبحث في امر كفاءته فلا خيار لها بل يكون الحق للاولياء ، واذا وافقوا هم على الزواج بدون بحث ايضا فلا خيار لهم كذلك ، وهذا الحكم لان التقصير راجع لمن لم يبحث ولم يتحر الكفاءة مع عدم علمها وفي هذا دليل على انه رضي بزواج غير الكفء فلا يكون له ان يعترض . واما اذا اشترطت الكفاءة

أو اخبر بها الزوج حال العقد فحصل العقد على هذا الاساس ثم ظهر بعد ذلك انه غير كفء لها كان للزوجة وللاولياء الخيار في الحالتين ، ومن ذلك ان يذكر نسبا يخالف نسبه الحقيقى فتتزوجه على اساس النسب الذى ذكر ويتبين نسبه الحقيقى وانه غير كفء لها فيكون للزوجة ولاوليائها حق طلب الفسخ ، وان بقى بعد ظهور النسب الحقيقى كفؤا لها فلا يكون للاولياء طلب الفسخ لكن يبقى هذا الحق لها . ومن المهم ملاحظة ان حق الاولياء في الفسخ انما كان على اساس ان العقد صحيح وهذا على رواية في المذهب الحنفى ، اما الرواية الاخرى فهى تقول ان العقد يكون غير صحيح اذا زوجت المرأة نفسها بغير كفء من غير ان يرضي بذلك الولى .

والاحكام المذكورة قننتها المادة ٤٨ من قانون حقوق العائلة في قولها : « لو زوج الولى الكبيرة برضائها من رجل وهما لا يعلمان عدم كفاءته ثم تبين لهما انه غير كفء **فليس لاحد منهما** حق الاعتراض . **اما اذا شرطت كفاءته حين العقد أو اخبر الزوج انه كفؤ** ثم ثبت اخيرا عدم كفاءته فلكل منهما مراجعة الحاكم وطلب فسخ النكاح » يعنى ان العقد يكون لازما في حق الزوجة والولى اذا حصل الزواج دون علم حال الزوج من حيث الكفاءة وانه يكون لهما حق الفسخ اذا اشترطت الكفاءة حال الزواج أو اخبر بها الزوج في ذلك الوقت .

١٢٣ - ولا ينبغى ان يتبادر الى الذهن ان اشتراط الكفاءة في الاسلام يجعل الناس طبقات فهذا امر لم يقل به الاسلام ولم يقصده فالله خلق الناس كلهم متساوين في الحقوق والواجبات لافضل لاحد منهم على آخر بنسب أو حسب أو جاه أو مال أو غير ذلك ، انما الفضل بالتقوى والعمل الصالح الذى هو معيار التفاضل بين الناس .

لكن هذا لا يمنع ان الناس ليسوا متساوين في الرزق وفي المنزلة الاجتماعية وهذا امر مشاهد ملموس لا يمكن انكاره ، فمعدن الانسان الذى

كان منه الرسل والأنبياء والهداة منه السارق والقاتل والذى لا يفارق المنكر ، ومن الناس الغنى والفقير وهذا امر خاص بالرزق ولا مدخل له في الانسانية ، التى يشترك فيها الناس جميعا ، ولا في الحقوق والواجبات التى تكون لهم جميعا أو عليهم بنفس القدر .

ولما كان الناس قد تعارفوا من قديم على التفاخر برفعة المنزلة الاجتماعية وعلى التعاير بكونها دنيئة لذلك كانت الكفاءة مشترطة في الزواج وترك امر نطاقها للعرف الذى هو الاساس فى فرضها (١) .

١٢٤ ـ وقد حكم :

١ ـ بأن عدم كفاءة الرجل للمرأة مانع من صحة زواجهما اذا لم يرض به ولى الزوجة بعد ثبوت عدم الكفاءة قضاء .

٢ ـ وقبض الولى المهر انما يكون رضا بالزواج اذا كان عدم كفاءة الزوج ثابتا عند القاضي .

٣ ـ وعقد البالغة العاقلة بدون رضا وليها واذنه يكون صحيحا ان كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل ، ويكون فاسدا على الراجح ان كان غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل .

٤ ـ وأن العالمية المعتبرة عند الفقهاء في الكفاءة للزواج هى : العلم بالله وبالأحكام العملية وعدم ارتكاب ما يخالفها ، ومجرد صفة التحرير والانشاء لا تدل عليها .

---

(١) يراجع في الكفاءة في الزواج : الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٢٨ وما بعدها ـ تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء/٢ ص ٣٢٥ وما بعدها ـ البحر الرائق جزء / ٣ ص ١٣٧ وما بعدها ـ المهذب للشيرازى جزء / ٢ ص ٤١ .

وراجع ايضا : الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص : ١٣١ وما بعدها ـ احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية لعمر عبد الله ص ١٧٥ وما بعدها .

٥ ـ والكفاءة في النكاح ليست قاصرة على أشياء مخصوصة بل المدار فيها على ما يدفع العار في العرف ، والعرف يقضي بأن حسب الآباء والأجداد وجاههم من أجل ما يتفاخر به بين الناس ٠

٦ ـ واذا كان الشخص على حال لا يكون بها كفؤا لغيره ثم انتقل الى ما به يساويه في تلك الحال لا يكون كفؤا ، وطروء الجاه لشخص لا يصيره كفؤا لمن نشأ في بيت الجاه ٠

٧ ـ وأن الغنى وبسطة المال من أجل ما يتفاخر به في العادة بل يكاد لا يفتخر الآن الا به ٠

٨ ـ واشتغال الانسان بمواد ايراده واكتسابه من أملاك أوقاف يستحقها وتحت نظره يعتبر كأحسن الحرف بين الناس عرفا وعادة ٠

٩ ـ والصحافة قسمان : قسم يبحث فيه عن فنون وعلوم مخصوصة للارشاد وهذه شرفها بمقدار شرف ما تبحث فيه ، وهى صحافة جليلة ٠ وقسم لايختص بموضوع مخصوص بل هو عبارة عن ارشاد من تتكون منهم الأمة من الأفراد والأسرات والحكومة والهيئة الاجتماعية ويعمل على تحسين الأخلاق ونشر الآداب وغير ذلك من كل نافع محمود ٠ وهذه أيضا صحافة جليلة جدا ، ولا يمكن القيام بها الا بعد الحصول على كل معداتها من العلوم الاقتصادية وغيرها وعلوم تهذيب الأخلاق وسياسة المنزل والأمة ودراسة أخلاق الناس وعاداتهم وسياسة الحكومات ومعرفة كيف يعالج الفساد وكيف يزال وما الذى يرقى الأمة ويهذب أخلاقها ويلزم كذلك أن يكون القائم بها من أشد الناس محافظة على الكمالات والآداب حتى يمكنه أن ينفع بنصحه وارشاده وان يرقى الأمة ٠ وهذا لا يتأتى الا اذا كان القائم بها من الطبقة الأولى ذكاء وعلما بالسياسة الداخلية والخارجية وبالأخلاق وتهذيبها وأن يعلم كيف ينصح وكيف يستفاد من نصحه ولذلك اشتغل بها أكابر الناس عقلا وفضلا فالاشتغال بمثل هذه الصحافة يكون من الحرف الشريفة :

أما الصحافة التى تشتغل بغير ما تقدم بل تتقلب في المبـادىء وتتعرض للأشخاص بدون حق فلا تكون صحافة شريفة والاشتغال بها لا يكون اشتغالا بحرفة شريفة وانما يعتبر اشتغالا بأخس الحرف ٠

١٠ ـ وترجح بينه فساد النكاح على بينة صحته ٠

١١ ـ والشهادة في الكفاءة يكفى فيها اخبار الشـهود للقاضي بمـا يعلمون ولا يشترط فيها لفظ أشـهد ولا التزكية لأنها لا ستكشاف حال المتخاصمين في الكفاءة (١) ٠

وحكم بانـه :

١ ـ يحال بين من يدعى عدم التكافؤ بينهما في الزواج متى قـدم للمحكمة ما يمهد لثبوت الدعوى قبل الحكم فيها ٠

٢ ـ عدم الكفاءة في الحرفة والمـال وكون الزواج بأقل من مهـر المثـل موجب للحكم بفسخ الزواج ٠ ومدار الحكم في الكفاءة هو استنقاص اهـل العرف ٠ وكما يكون الحكم بذلك في صالح الولى فانه أيضا في صالح الزوجة حرصا على مستقبلها ٠

والملاحظ في هذه القضية :

أ ـ أن الزوج كان سائق سيارة لدى والدالزوجة ، وهو عضو شيوخ ٠

ب ـ والمهر كان ٣٠ جنيها ومهر المثل ٥٠٠ جنيه ٠

ج ـ وفي الحـكم ان المرجع من جهـة الحرفة الى العرف ، فقد جاء في

---

(١) محكمة مصر الجزئية الشرعية ١٩٠٤/٨/١١ المحاماة الشرعية السنة / ٢ ع / ١ ص ٦٥ رقم ٥ ٠

ملحوظة : القضية هى قضية السـيد أحمد عبد الخالق السـادات ضـد الشيخ على يوسف صاحب المؤيد وبنت المدعى صفية بطلب بطلان عقـد زواج المدعى عليهما والتفريق بينهما لعدم الكفاءة ٠ وقد حكم فيها بعدم صحة عقد زواجهما وعدم جواز اجتماعهما ٠

حاشية ابن عابدين ما نصه في باب الكفاءة (وفي الفتح أن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيدور معه ٠ أ ٠ هـ) ٠

٤ ــ وان المنصوص عليه شرعا أن للولى الاعتراض في غير الكفء وان المفتى به هو عدم جواز العقد أصلا وان للولى العصبة حق الاعتراض اذا زوجت نفسها بأقل من مهر المثل حتى يتم مهر المثل أو يفرق القاضي ٠ وكتب الفقه كلها متفقة على هذا فقد جاء في شرح الدر المختار في باب الولى ما نصه : (وللولى اذا كان عصبة ولو غير محرم كابن العم في الأصح (خانية) الاعتراض في غير الكفء فيفسخه القاضي ويتجدد بتجدد النكاح ما لم يسكت حتى تلد منه لئلا يضيع الولد ٠ وينبغى الحاق الحبل الظاهر به ٠ ويفتى في غير الكفء بعدم جوازه أصلا وهو المختار للفتوى لفساد الزمان ٠

وجاء به في باب الكفاءة مانصه : (واذا نكحت بأقل من مهرها فللولى العصبة الاعتراض حتى يتم مهر مثلها أو يفرق القاضي بينهما دفعا للعار)[١] ٠

---

(١) محكمة الجمالية الشرعية ١٩٣٠/٩/٦ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٧ ص ٦٦٠ رقم ٨٥ ٠ وقد تأيد الحكم في الاستئناف ٠

الفصل الثامن

احكام عقد الزواج

١٢٥ ـ المقصود باحكام العقد الآثار الشرعية التى يرتبها الشارع عليه ، وهذه الآثار لا تترتب على العقد الا اذا استوفى شروط انعقاده وشروط صحته. ولكن قد تحدث علاقة بمقتضى العقد الذى لم يستوف الشروط الشرعية فينظمها الشارع باعتبارها امرا قد وقع ٠

لذلك نتكلم عن الآثار التى تنشأ في العقد غير الصحيح والعقد الموقوف والعقد غير اللازم ٠ ثم نتكلم بعد ذلك عن الآثار التى تترتب على العقد الصحيح وذلك في مبحثين متتاليين ٠

المبحث الأول

احكام العقد غير الصحيح والموقوف وغير اللازم

المطلب الأول

النكاح غير الصحيح

١٢٦ - العقد يكون باطلا اذا عراه خلل في ركنه ، ويكون فاسدا اذا كان الخلل في وصفه . وهذا الامر جار في المعاملات المالية . اما في عقد الزواج فان الراجح في الفقه الحنفى انه لا فرق بين باطل النكاح وفاسده ، فباطله فاسد ، وفاسده باطل . وعلى ذلك فليس النكاح الا قسمين : نكاح صحيح ونكاح غير صحيح .

والعقد غير الصحيح لا تترتب عليه اثار البتة بمقتضي وجوده المجرد ، فلا تثبت نفقة ولا طاعة ولا توارث ولا اى حق من الحقوق بين الطرفين باى حال من الاحوال . ولكن اذا حصل دخول في العقد غير الصحيح فقد تترتب احكام على هذا الدخول اذا كان الدخول بشبهة . والشبهة قد تمحو وصف الجريمة وقد تسقط حد الزنى فقط مع بقاء وصف الفعل . ولاهمية الشبهات في هذا المقام نخصها ببعض الكلام .

١٢٧ - **تعريف الشبهة** : تعرف الشبهة بانها ما يشبه الثابت وليس بثابت أو هى وجود المبيح صورة ، مع عدم حكمه أو حقيقته .

١٢٨ - **اقسامها** : يقسم ابو حنيفة الشبهة الى اقسام ثلاثة هى :

شبهة الفعل .

وشبهة الملك .

وشبهة العقد .

١٢٩ - اما شبهة الفعل : وتسمى شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، اى شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه · وفيها يعتقد الشخص حل الفعل ويظن في نفسه ان الحرام حلال ، من غير دليل ، قوى أو ضعيف ، أو خبر من الناس · وعلة تسمية هذه الشبهة بشبهة الفعل انها صحبت نفس الفعل ، ولم تقم بالمحل ، الذى لا شبهة في تحريمه ، ولكن الظن قام بذهن الفاعل بسبب جهله بالشرع ·

ومن امثلة الشبهة في الفعل أن يأتى الزوج زوجته التى طلقها ثلاثا في العدة ، أو التى ابانها على مال ، أو خالعها · اذ انه ، وان كانت الحرمة ثابتة بالاجماع في كل هؤلاء ، لان حرمتهن مقطوع بها ، فالملك والحق غير ثابت في حقهن ، الا ان فيهن بعض الاحكام رغم ذلك ، منها النفقة والسكنى والمنع من الخروج وحرمة اختها أو أربع سواها ، وعدم قبول شهادة كل منهما لصاحبه · فحصل بذلك الاشتباه الذى اورث شبهة ، ان ظن حله ، لانه في موضع الاشتباه فيعذر ·

فانت ترى ان شرط تحقق الشبهة هنا هو ظن الفاعل الحل ، فيعذر ، ويرفع عنه الحد لانه ، في موضع الاشتباه لمعنى راجع اليه ، وهو الظن ، مع ان الفعل زنى في حقيقته ·

١٣٠ - واما الشبهة في المحل : وتسمى شبهة حكمية ، وشبهة ملك ، فهى تقوم اذا وجد دليل شرعى يفيد حل الفعل الذى ارتكب مع وجود دليل آخر بجانبه يرجحه يحرم الفعل نفسه ، فيكون الفعل محرما حقيقة ، غير ان وجود الدليل الآخر يورث شبهة في حكم الشرع فيما يتعلق بهذا التحريم · فالثابت في كل حالة من حالات هذا النوع من الشبهات شبهة حكم الشرع بحل المحل ·

ومثال هذه الشبهة ، في جريمة القدف مثلا ، ان يكون القاذف اب المقذوف · ففى هذه الحالة ، مع ان الجريمة تمت باركانها ، مما يقتضي تطبيق

الحد اخذا بالنصوص التى تحرم القذف وتعين عقوبته ، لكن يوجد دليل قد يفيد تحريم اقامة الحد على الوالد ، وهو قوله تعالى : « ولا تقل لهما اف » . لأن النهى عن التأفف نصا يفيد النهى عن الضرب دلالة . وكذلك : « وبالوالدين احسانا » ، لان المطالبة بحد القذف تتنافى مع الاحسان للوالدين .

والذى قيل في القذف يقال في السرقة اذا كان السارق اب المسروق منه لوجود دليل يعارض دليل التحريم مهما كانت قوته ، هو حديث : « انت ومالك لابيك » ، اذ يستفاد منه نوع ملكية للاب في مال الابن ، وقد جرت العادة بسيطرة الاب على مال الابن ، للخلطة بينهما .

ويقال مثل ذلك في القتل العمد ، اذا كان المقتول ابن القاتل ، لنفس السبب الذى في السرقة .

ومن امثلة هذا النوع من الشبهات في جريمة الزنى ان يطأ الرجل المطلقة بائنا بالكنايات . واساس هذه الشبهة قول عمر رضي الله عنه : « الكنايات رواجع » .

ففى هذه الحالات وامثالها توجد شبهة حكم الشرع بحل المحل ، لان للجانى في المحل ملكا أو شبهة ملك .

وفيها لا يشترط ظن الحل ، كما هو الشأن في شبهة الفعل . حتى لواقر الجانى مثلا بعلمه ان من اتاها محرمة عليه . لان هذا الاقرار لا يرفع عن الفعل الشبهة في الملك ، فلا يجب الحد على الفاعل ، وان قال : علمت انها على حرام .

١٣١ ـ واما شبهة العقد : ويقولبها ابو حنيفة وزفر ، فمعناها ان صورة العقد عندهما تكفى بذاتها لايجاد الشبهة بالنسبة للوطء الحاصل في زواج من هذا القبيل فما دام العقد قد حصل بايجاب وقبول ممن يكون أهلا له ، فان الدخول في مثل هذا الزواج دخول بشبهة ، يندرىء معه الحد .

ومثال هذا النوع من الشبهات ان يتزوج شخص امه أو اخته ويدخل بها بناء على ذلك ، أو خامسة على أربع في عصمته ، أو خمسا في عقد واحد ، أو مجوسية أو مشركة . أو يطأ من تزوجها مع اختها في عقد واحد أو عقدين ، أو يتزوج زوجة الغير أو معتدته ويطأها ، أو المطلقة ثلاثا .

وفي هذه الشبهة كان وجود العقد صورة هو السبب فيها . وبذلك يندرىء عن الفاعل حد الزنى ، ولو كان عالما بالتحريم ، مع ان مثل هذا الزواج مجمع على تحريمه . ومرد ذلك ان عقد الزواج سبب اباحة المعقود عليها ، فاذا وجد العقد صورة ، ولكنه كان باطلا ، فقد توافرت به صورة المبيح ، واذا لم يثبت حكمه ، وهو الاباحة لبطلانه ، فان صورته مع ذلك باقية ، وهى وحدها كافية لدرء الحد عن الفاعل ، اذ ان الحد يندرىء بالشبهات .

وهذه الشبهة عند ابى حنيفة وزفر تدرأ الحد عن الفاعل ، حتى ولو كانت الحرمة مؤبدة ويعلم بها الفاعل . وقد وافقهما على ذلك الثورى . لكن يبالغ في تعزيره لجسامة جرمه . وعدم الحد عندهما سببه ان الوطء في هذه الحالات تمكنت الشبهة منه ، فلم يجب الحد . ويستوى ان تكون الحرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة .

ويختلف الصاحبان مع ابى حنيفة في ذلك ، فعندهما ان الحد لا يندرىء الا اذا كان الجانى غير عالم بالتحريم ، لوجود شبهة المحل ، وقد تكلمنا عنها . اما اذا كان عالما بالتحريم فانه يحد للزنى ، لان صورة العقد لا تكفى عندهما لقيام الشبهة (١) .

١٣٢ — وبعد تعريف الشبهات وتقسيمها والكلام في كل قسم نقول انه اذا حصل دخول في العقد غير الصحيح ، وكان هذا الدخول من غير شبهة ، كان

(١) التعزير في الشريعة الاسلامية للمؤلف ، طبعة ثالثة سنة ١٣٧٧ هـ — ١٩٥٧ م . فقرة ٤٤ ص ٣١ والهامش رقم ٢ من هذه الصفحة ، ص ١٤٥ — ١٤٩ الفقرات من ١٥١ الى ١٥٤ — الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمؤلف الطبعة الأولى سنة ١٣٨٠ هـ — ١٩٦١ م. فقرة ٥٥ وما بعدها) .

يكون احد الطرفين فاقد الاهلية أو الا يوافق القبول الا يجاب فانه لا يكون في هذه الحالة عقد زواج لا حقيقة ولا حكما ، ويتمحض الدخول زنى فلا تترتب عليه احكام من نفقة أو طاعة أو نسب أو توارث الخ ٠٠٠٠ ويجب في هذا الفعل حد الزنى لانعدام الشبهة ٠

واذا كان الدخول فى العقد غير الصحيح قد صحبته شبهة اشتباه وهى ما تسمى بشبهة الفعل فان هذه الشبهة تسقط الحد ولكنها لا تمحو وصف الزنى وعلى ذلك يثبت المهر لأن الدخول في الاسلام لا يخلو من عقر أو عقر اى عن حد أو مهر ، ولكن لا تثبت العدة اذ لا عدة من الزنى ، ولا يثبت النسب لان الزنى لا يثبت به النسب البتة ٠ والدخول في شبهة العقد يأخذ حكم الدخول في شبهة الاشتباه ، لان شبهة العقد عند ابى حنيفة تأخذ حكم شبهة الاشتباه (١) ٠

واذا كانت هناك شبهة محل فانه يترتب على الدخول سقوط الحد ومحو وصف الزنى عن الفعل ويثبت المهر ويثبت النسب ٠

ويلاحظ اخيرا ان العقد الفاسد في كل احواله لا يثبت توارثا ولانفقة ، وان حرمة المصاهرة ان ثبتت احيانا فليس ذلك بسبب العقد نفسه ولكن بسبب ذات الدخول في العقد الفاسد ٠ اذ الدخول ولو كان زنى يثبت حرمة المصاهرة عند الحنفية ٠

١٣٣ ـ نصت المادة ٧٥ من قانون حقوق العائلة على ان : « النكاح الباطل مطلقا سواء حصلت المقاربة ام لا والنكاح الفاسد اذا لم تحصل فيه

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية للمؤلف فقرة ٦٢ ـ محمد أبو زهرة في كتابه « الأحوال الشخصية » وقد ذكر ان ثبوت النسب في الدخول بشبهة الاشتباه موضع خلاف في المذهب الحنفى وان بعضهم اثبته احتياطا لمصلحة الولد وان الكمال بن الهمام استظهر عدم ثبوت النسب هنا ورجحه ٠

المقــاربة لا يفيــدان الحــكم اصلا وعليه لا تثبت بينهما احــكام النكاح الصحيح كالنفقة والمهــر والنســب والعدة وحرمة المصاهرة والتوارث » . كما نصــت المــادة ٧٦ على انه اذا حصلت المقاربة في النكاح الفاسد يلزم بها المهــر والعدة ويثبت بها النسب وحرمة المصاهرة انما لا تثبت الاحكام الاخرى كالنفقة والتوارث . ونصت المــادة ٧٧ على ان : « بقاء الطرفين على الزوجية ممنوع بالنكاح الباطل والفــاسد مطلقا واذا لم يفترقا يفرق بينهمــا بالمحاكمة » .

والذى يلاحظ في هذه المــواد انهــا فرقت بين باطل النكاح وفاســده وبالنسبة للباطل الحكم فيه واحــد ســواء حصل دخول أو لم يحصل وهو ان هذا النكاح لا تترتب عليه الاحكام اصلا فلا تكون له آثار النكاح الصحيح . اما النــكاح الفاســد فقد فرقت هــذه النصوص بين ان يــكون قد حصــل الدخول بنــاء عليه أو لم يحصل ، فان لــم يكن حصل فتسرى عليه احكــام النكاح الباطل ، وان كان قد حصل فانه تترتب على الدخول فيه احكام فيلزم المهــر والعــدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة لكن لا يحق النفقة ولا يجرى التوارث بينهما . واخيرا فان المــادة ٧٧ اوجبت التفريق في النكاح الباطــل والفاســد بحكم القضاء ان لــم يحصل الافتراق فعلا ، وهذا طبيعى لانه لا يمكن ان يقر الطرفان في هذه العلاقة غير المشروعة على موقفهمــا فالتفريق اذن مــن حق الله يعنى من النظام العام .

المطلب الثانى

العقــد الموقوف

١٣٤ — العقد الموقوف كما سبق ان بينا عقد صحيح ولكنــه غير نافذ ومثاله عقد الفضولى . وهو ان اجازه صاحب الشأن في الاجازة كانت الاجــازة كالاذن الســابق ، وان لــم يجزه كان غير صحيح .

واذا حصل الدخول قبل الاجازة ثم تلت الاجازة الدخول فان الدخول يكون دخولا في زواج صحيح لان العقد بالاجازة يعتبر نافذا منذ نشأ . اما اذا اعقب الرفض الدخول فتكون هناك شبهة تسقط الحد وتمحو وصف الزنى ويثبت المهر والعدة والنسب . والعقد الموقوف اذا حصلت الوفاة اثناء الوقف لا يثبت به توارث ، كما لا يثبت حرمة المصاهرة ما دام لم تحصل الاجازة لان الرفض ازاله من الاساس .

المطلب الثالث

العقد غير اللازم

١٣٥ ـ العقد غير اللازم كما سبق البيان هو الذى لم يستوف شروط اللزوم ومنه تزويج البالغة نفسها مع اشتراط الكفاءة وتبين عدمها فأن من حقها طلب فسخ الزواج .

واذا حصل الدخول في العقد غير اللازم قبل فسخة فانه دخول في عقد صحيح من كل الوجوه لان العقد قائم ينتج آثاره كعقد صحيح حتى يحصل الفسخ ، وعلى ذلك ففيه النفقة والتوارث وتثبت حرمة المصاهرة بمجرد العقد ان كان مجرد العقد يثبتها .

واذا حصل الفسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فانه يجب المهر المسمى وتجب العدة ويثبت النسب وتجب نفقة العدة . واذا حصل قبل الدخول وقبل الخلوة فانه لا يجب المهر كله ولا يجب نصفه لان الفسخ هنا يكون كنقض العقد من أصله .

المبحث الثانى

احكام النكاح الصحيح

١٣٦ – تترتب على الزواج الصحيح حقوق مختلفة ٠ وهذه الحقوق منها ما يكون للزوج على زوجته ومنها ما يكون للزوجة على زوجها ومنها ما هو مشترك بينهما ٠ وفيما يلى نتعرض بالبيان لهذه الحقوق :

المطلب الأول

الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٣٧ – هذه الحقوق هى :

١) حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر لقوله تعالى : « والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين(١) » ٠

٢) ثبوت التوارث بين الزوجين فاذا مات احدهما والزواج قائم حقيقة أو حكما فان الآخر يرث فيه ما لم يوجد مانع من موانع الارث ٠

٣) حرمة المصاهرة وقد مر الكلام في هذا الامر في المحرمات من النساء ٠

٤) حسن المعاشرة فيجب على كل من الزوجين ان يحسن معاشرة الآخر حتى تدوم العلاقة الزوجية بينهما ان وتثمر ، ومما يفيد ذلك قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف »(٢) وقوله : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف »(٣) :

---

(١) سورة المؤمنون آية رقم ٥ ٠
(٢) سورة النساء آية رقم ١٩ ٠
(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٨ ٠

١٣٨ ـ وقد نصت المادة ٧٣ من قانون حقوق العائلة على ان : « الزوج مجبور على حسن معاشرة زوجته والزوجة مجبورة ايضا على اطاعة زوجها في الامور المباحة » . فهذه المادة يدخل فيها الحقان المشتركان الأول والرابع وهما حق استمتاع كل من الزوجين بالآخر فيما هو مباح شرعا وكذلك حسن المعاشرة المتبادل بين الزوجين .

اما حق التوارث فقد نصت عليه المادة ٦٩ في قولها : « يلزم مهر الزوجة ونفقتها على الزوج عند تمام عقد النكاح الصحيح ويثبت بينهما حق التوارث » .

واما حرمة المصاهرة فقد بينه قانون حقوق العائلة وتصدينا له في الكلام عن المحرمات .

المطلب الثاني

حقوق الزوج على زوجته

١٣٩ ـ للزوج على زوجته حقوق أهمها :

١) حق الطاعة في كل ما يعد من آثار الزواج وما يكون حكما من احكامه .

ومن ذلك ان تدخل في طاعته في المسكن الذى يعده لها متى كان مستوفيا لشرائط الشرعية وكان هو امينا عليها واوفاها مهرها أو ما جرى العرف على تعجيله منه ، فان امتنعت عن الدخول في طاعته في هذا المسكن فانها تكون ناشزة ولا تجب لها عليه نفقة في فترة النشوز . اما اذا كان امتناعها عن الدخول في طاعته لعذر شرعى ، كأن يكون غير امين عليها أو لم يوف لها صداقها أو كان المسكن غير لائق بحالة الزوج المالية أو مشغولا بسكن الغير فانها لا تصير بامتناعها ناشزة بل تبقى عليه نفقتها في فترة الامتناع .

واذا أمرها بمعصية فليس عليها طاعته لأنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وقد نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر على أنه تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة منها المادة (٦ مكررا ثانيا) وهذه المادة هى : « اذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجية من تاريخ الامتناع » .

وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة على يد محضر ، وعليه أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

وللزوجة الاعتراض على هذا أمام المحكمة الأبتدائية في خلال عشرة أيام من تاريخ هذا الاعلان وعليها أن تبين في صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند اليها في امتناعها عن طاعته والاحكم بعدم قبول اعتراضها .

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض اذا لم تتقدم في الميعاد .

وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض أو بناء على طلب أحد الزوجين التدخل لأنهاء النزاع بينهما صلحا باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة . فاذا بان لها أن الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون .

وجاء في المذكرة الايضاحية للمادة المذكورة قولها : لما كانت الشريعة الاسلامية قد جعلت حقوق الزوجية وواجباتها متقابلة ، فحين ألزمت الزوج بالانفاق على زوجته في حدود استطاعته أوجبت على الزوجة طاعته وكان مظهر هذه الطاعة أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذى هيأه لها الزوج امتثالا لقول الله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ...) من الآية ٦ من سورة الطلاق .

ومن هنا قرر الفقهاء أن الأصل في الزوجة الطاعة وأنه اذا امتنعت عن طاعة الزوج فانها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

وتنظيما لهذا جاءت المادة (٦ مكررا ثانيا) حيث قضت بأن امتناع الزوجة عن طاعة الزوج دون حق يترتب عليه وقف نفقتها من تاريخ الامتناع ، وتعتبر ممتنعة دون حق اذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج أياها للعودة على يد محضر ، وعلى الزوج أن يبين في هذا الاعلان المسكن .

ثم أتاح النص للزوجة الاعتراض وأوجب عليها أن تبين في صحيفة اعتراضها الأوجه الشرعية التى تستند اليها في امتناعها عن طاعة زوجها ، واذا خلا الاعتراض من هذه الأوجه كان على المحكمة أن تقضي بعدم قبوله .

وقرر النص أن النفقة توقف منذ تاريخ اعلان الزوج الى الزوجة بالعودة الى المسكن واذا لم تعترض في الميعاد المقرر بذات النص صار وقف النفقة حتما من تاريخ انتهاء الميعاد .

ثم اذا استوفى الاعتراض شكله القانونن وجب على المحكمة عند نظر موضوعه التدخل لانهاء النزاع صلحا من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحدهما. والمقصود بالصلح هو استمرار المعاشرة بالمعروف ، ومؤدى هذا أن لها أن تبحث شرعية المسكن اذا كان اعتراض الزوجة منصبا على انتفاء شرعيته ، ولها أن تأمر الزوج باعداد المسكن المناسب اذا بان لها أن المسكن الذى حدده الزوج في الاعلان غير مستوف لما يجب توافره شرعا أو عرفا . فاذا اتضح من المرافعة أن الخلاف مستحكم بين الزوجين وطلبت الزوجة الطلاق اتخذت اجراءات التحكيم الموضحة في المواد من ٧ - ١١ من هذا القانون .

٢) القرار في منزل الزوجية . وهذا حق طبيعى لان طبيعة المرأة وتكوينها اقتضي توزيع الاختصاصات بين الزوجين فكانت هى للمنزل ترعاه وتحيله الى واحة خضراء وترعى الاولاد وتربيهم ، وكان هو للجهاد خارج المنزل لتحصيل العيش .

واذا ارادت مغادرة المنزل فيكون ذلك باذن زوجها ٠ الا اذا كـان هناك مسوغ شرعى لهـذا الخروج ٠ ومن ذلك ان تخرج لزيارة ابويهـا مـرة كل اسبوع ، ولـو لـم يأذن بذلك الزوج ، ولها زيارتهما ايضا في حال مرضهما ٠ واذا كان القريب غير الوالدين وكان ذا رحم محرم لها فهى تملك زيارته بـدون اذن الزوج مـرة فى كل سنة ٠

وينبغى ان يكون مرد الامر في الزيارة للاقارب المذكورين على مقتضي العرف ٠ وليس لها ان تبيت خارج منزل زوجها بغير اذنه الا اذا مرض احـد والديها ولـم يوجـد غيرها يتعهـده وتعين ذلك عليهـا فلهـا البقاء عنـده والقيام على خدمته بقدر الحاجة ٠

٣) ثبوت نسب الولد الذى تأتى به الزوجة على فراش الزوجية مـن الزوج ٠

٤) حق التأديب : يقول تعالى : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظـوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ، فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » (١) وهذه الآية جعلت للزوج حق تأديب زوجته ، والتأديب قد يكون بالوعظ وقد يكون بالهجر الجميل في المضجع وقد يكون بالضرب اذا تعين وسيلة للتأديب ويشرط الا يكون مبرحا ٠ وينبغى التنبيه الى ان هذه الوسائل مقـررة لكل النساء وليست لكل واحدة منهن فمن النساء من يكفى فيهن مجـرد الوعظ الخفيف ومنهن من لا يفيد فيه الا الضرب ، وهذا امر مرده اختلاف الطبائع والاخـلاق ودرجة التربية ، وانما كان التأديب للزوج دون غيره لان هـذا احفظ لاسرار البيوت فضلا عن ان الزوج لعلاقته بزوجته هو اعـرف الناس بمـا يصلحها (٢) ٠

---

(١) سـورة النساء الآية رقم ٣٤ ٠

(٢) صرح قانون حقوق العائلة بحق الطاعة وبحق القرار في البيت فقالت المـادة ٧١ منه أنه : (تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على =

١٤٠ – وبناء على ما بينا في حق الطاعة فان الزوجة لاتكون ناشزة اذا هي لم تطع الزوج غير الأمين عليها .

وقد حكم بأن حبس الزوج لزوجته في مسكن الطاعة ومنعه عنها الطعام يضيق عليها ، ويكرهها على اسقاط نفقتها يجعله غير أمين عليها ، ويمنع من تنفيذ حكم الطاعة عليها (١) .

وبأن للزوجة الخروج لزيارة والديها كل أسبوع مرة بدون أذن زوجها ولهما زيارتها كذلك كل أسبوع مرة ، ولا يجوز للزوج منعهما من زيارتها أو منعها من الخروج لزيارتهما ، فان فعل فقد حرمها حقا فظلمها فلا يكون أمينا عليها ، لأن الظلم والأمانة لا يجتمعان(٢) .

وبأن الزوج اذا ضرب زوجته بغير حق ، وان لم يكن الضرب فاحشا ، وجب عليه التعزير ، ومنه الا يمكنه القاضي من تنفيذ حكم الطاعة زمانا (٣) .

وحكم بأن ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا يجعله غير أمين عليها فلا تلزم بطاعته(٤) وبأن الزوج لا يجاب الى طلب زوجته لطاعته متى ثبت أنه غير أمين عليها ، ومن عدم الأمانة تهريبه جهازها لأن هذا دليل على عدم الأمانة على

= الاقامة في بيت زوجها اذا كان مسكنا شرعيا وكذا على الذهاب معه اذا أراد الزوج الذهاب الى بلدة أخرى اذا لم يوجد مانع) . وقالت المادة ٧٢ انه: (ليس للزوج ان يسكن في بيته بدون رضاء زوجته أحدا من أهله واقاربه عدا ولده الصغير غير المميز ...) . وقالت المادة ١٧٣ (...... والزوجة مجبورة ايضا على طاعة زوجها في الأمور المباحة) .

(١ ، ٢ ، ٣) تلا الشرعية ، ١٩٣٠/٤/١٣ ، المحاماة الشرعية ، س / ١ ع / ١٠ ص ٩١١ رقم ٢٣٣ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣١/١١/٢٣ ، المحاماة الشرعية ، س / ٣ ع / ٧ ص ٦٣٢ رقم ٩٠

مالهـا ، لاسـيما اذا ادعى وقت ضبطـه أنه ملك لغيرها ، فهـو دليل على عدم تحرجه عن الاضرار بها (١) وحكم بأن حكم الغرامة لا يكون حجة في عدم أمانة الزوج ما دام لم يصر نهائيا ، ولا يقبل الدفع بعدم الأمانة ارتكانا على هـذا الحكم(٢) ·

وبأن مجرد ضرب الزوج لزوجته لا يدل على عدم الأمانة ، وان كان كافيا في نظر النيابة للادانة ، فقد يكون الضرب هو العلاج الوحيد لانتظام سـعادة الزوجين تبعا لطبقتهما ، ويكون معه أمينا (٣) ، ولعل هذا الحكم رأى في الضرب الحاصل أنه من قبيل ما هو من حق الزوج شرعا ·

وحكم بأن ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من أجل ذلك دليل على عدم امانته عليها يمتنع معه الحكم بالطاعة (٤) ·

وحكم بأن الزوج يملك على زوجته حق التمتع والطاعة بمجـرد العقد ، وليس لها الامتناع من تسليم نفسها اليه بسبب الضرب والاسـاءة ، ولا تملك الرغبة عن الاقامة في مسـكن الطاعة بسـبب ذلك متى كان للمسكن جيران صالحون يوثق بهم · فان ضربها الزوج وآذاها زجره القاضي ، ومنعه من التعدى في حقها(٥) ·

وبأن ضرب الزوج لزوجته والحكم عليه بالغرامة من أجل ذلك لا يدل على عدم امانته عليها ، فلا يجاب معه طلب الزوجة رفض دعـوى الطاعة لعـدم الأمانة(٦) ·

---

(١) محكمة سنورس الشرعيـة ، ١٩٣٢/٨/٢٤ ، المحاماة الشرعيـة ، س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩١٢ رقم ٢٥٠ وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف ·

(٢ ، ٣) محكمة شبراخيت الشرعية ، ١٩٣٣/١/٣ ، المحاماة الشرعية ، س/ ٥ ع ٩ ، ١٠ ص ٩١٥ رقم ٢ وقد صار هذا الحكم نهائيا ·

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٤/١ ، المحاماة الشرعية ، س/٧ ع/٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٦٠ رقم ١١٨ ·

(٥) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/١٢/١ ، المحـاماة الشرعية ، س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٩ رقم ٠٥٧ وقد استند الحكم على : الخانية والهندية في أول فصل السكنى نقلا عن المحيط ، ج/١ ص ٤٤٣ ·

(٦) محكمة الواسطى الشرعية ، ١٩٣٥/٢/٢١ ، المحاماة الشرعية ، =

وبأن حصول الزوجة على حكم يمنع الزوجة من النفقة في اليوم التالى لتاريخ حكم الطاعة والحكم عليه بغرامة جزاء ايذائه لها ودلالة محضر الحجز على قصد الاضرار بالزوجة بالتمسك عليها بحكم الطاعة قرينة على قصد الكيد لها توجب منعه من التعرض لها بحكم الطاعة[١] ٠

وحكم بأنه لا يمنع من الحكم بالطاعة للزوج على زوجته فعله معها منكرا يقتضي التعزير[٢] ٠

وحكم بأنه اذا ساءت العشرة بين الزوجين بدرجة قد تؤدى الى التفريق فلا يجاب الزوج الى طلبه الحكم على زوجته بالطاعة في هذه الحالة لأن مايقتضي التفريق يقتضي ما هو أقل منه بداهة[٣] ٠

١٤١ - ويجب للحكم بالطاعة أن يكون الزوج قد أوفي الزوجة مهرها أو ما جرى العرف على تعجيله منه ، فاذا لم يكن ذلك فلا يحكم بالطاعة ٠

وقد حكم بأن للزوجة أن تمنع نفسها من الوطء ودواعيه ومن النقلة ، ولو بعد وطء وخلوة رضيتهما حتى تأخذ ما بين تعجيله من المهر كله أو بعضه ، حتى لو أعطاها المهر الا درهما فلها المنع ٠ وتجبر على الطاعة متى

= س / ٧ / ع ١، ٢، ٣، ص ٢٠٥ رقم ٥٩ ٠ وقد تأيد في الاستئناف - وانظر ايضا حكم محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١/٢١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ ، ٨ ص ٧٤٤ رقم ١٩٨ ٠ وفيه ان دعوى الطاعة لاتندفع بعدم امانة الزوج على النفس أو المال لارتكابه الاعتداء عليها أو اغتصابه متاعها مرة ٠

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٦/٤ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٣ ص ٢٤٧ رقم ٤٩ ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٩/٥ المحاماة الشرعية س / ٨ ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٤ رقم ٤٩ ٠

(٣) محكمة عابدين الشرعية ١٩٣٦/٥/٢ المحاماة الشرعية س ٧ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٦٩ رقم ٢٣٨ ٠

ثبت ايفاء العاجل قبل الحكم بها ، ولو كان ذلك بتاريخ متأخر عن تاريخ الدعوى بالايفاء (١) ٠

وبأن الزوجة لا تلزم بطاعة زوجها اذا لم تستوف عاجل صداقها ولو دخل بها(٢) ٠

وبأن تحرير الزوج على نفسه في نفس الوقت الذى حصل فيه عقد الزواج سندا بما يساوى المهر باسم الزوجة أو من يلى قبض صداقها شرعا مع عدم بيانه وجها مقبولا لتحرير هذا السند قرينة قاطعة في أن المبلغ المحرر بالسند هو المهر ، فلا تجبر الزوجة حينئذ على الطاعة حتى تستوفي عاجل صداقها مما جاء بهذا السند ٠

وفي هذا الحكم أيضا أنه يقبل تكذيب الزوجة اقرارها في وثيقة الزواج بقبض عاجل صداقها متى قدمت دليلا كتابيا (هو السند المذكور آنفا) يفيد صدقها في دعوى الرجوع(٣) ٠

---

(١) العياط الشرعية ، ١٩٢٩/٩/١٦ ، المحاماة الشرعية ، س/١ / ع / ٦ ص ٥١٦ رقم ١٤٣ ٠

(٢) محكمة أجا الشرعية ، ١٩٣٦/١٠/١٩ ، المحاماة الشرعية ، س/ ١٠ / ع / ٧ ص ٦٦٤ رقم ١٣٢ ٠

(٣) المنصورة الابتدائية الشرعية ، ١٩٣١/١١/٣ ، المحاماة الشرعية ، س/٣ ع/٣ ص ٢٦٠ رقم ٦٠ ٠

وأنظر حكم محكمة الواسطى الشرعية في ٣٤/١٠/١٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ، ص ١٤٠ رقم ٢٣ ففيه كذلك ان الزوجة لا تلتزم بطاعة زوجها ما لم تستوف عاجل صداقها ، وان كتابة الورقة العرفية المحررة بمبلغ للزوجة على زوجها بخط المأذون وتاريخها بتاريخ يوم العقد دليل على أن هذا المبلغ من عاجل الصداق ، ولا تنافي بين هذا وبين الوارد بقسيمة الزواج من قبض معجل الصداق ــ وحكم محكمة شبين القناطر الشرعية ١٩٣٣/٢/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٦٥٢ رقم ٢١١ ٠ وفيه انه اذا حررت القسيمة بايفاء عاجل الصداق ثم وجدت أوراق أو قرينة تدل على بقائه فلا اعتبار لما اشتملت عليه من ايفاء العاجل ٠

وحكم ، مع ما ذكر ، بأنه لا يمتنع الحكم على الزوجة بالطاعة بعدم ايفائها جميع عاجل صداقها مادام وكيلها قد رضي بتأجيل مالم يقبض منه · وأن بقاء جزء من عاجل الصداق في ذمة الزوج زائدا عما تعود في تعجيله غير مانع من الحكم على الزوجة بطاعته(١) ·

وأنظر كذلك حكما لمحكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فقد قرر ان دفع الزوجة دعوى الطاعة بعدم استيفائها مقدم صداقها مع النص على قبضه بقسيمة الزواج يعتبر من قبيل ادعاء الكذب في الاقرار وهو جائز متى قدمت دليلا كتابيا يؤيده ، وهو السند المحرر على الزوج في يوم العقد بمبلغ مقدم الصداق يدفعه لوكيلها ، ولو لم تذكر فيه صفة الوكالة عن الزوجة بعد ذكر اسم من تحرر السند لصالحه(٢) ·

وقد حكم ، مع ذلك ، بأن مجرد دخول الزوج بزوجته برضاها مانع من سماع دفعها الطاعة بعدم ايفاء مقدم الصداق المحرر به ورقة ، سواء حل أجل دفعه أو لم يحل ، لأنها برضاها بتأجيله قد أسقطت حقها في استيفائه ، فلا تملك الرجوع اليه(٣) ·

وبأن الزوجين اذا جعلا بعض المهر حالا وبعضه مؤجلا الى وقت الحلول شرعا وقبضت الزوجة بعض الحال وأجلت قدرا منه أجلا معينا خرج هذا القدر بالتأجيل عن أن يكون حالا فليس للزوجة والزوجية قائمة أن تمنع نفسها لاستيفاء ما أجلته من الحال وان حل أجله ·

---

(١) كوم حمادة الشرعية ،٢٢/١٠/١٩٣١ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٦٠ رقم ١٧ (يقارن رقم ٢) وهذا الحكم تأيد في الاستئناف - امبابة الشرعية س / ٤ ص ٤٥٣ رقم ١٤٣ - تأيد استئنافيا ·

(٢) أسيوط الابتدائية الشرعية ، ٦/٧/٣٧ ، المحاماة الشرعية ، س ٨ / ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ص ٢٥٢ رقم ٤٩ ·

(٣) أسيوط الابتدائية الشرعية ، ٢٣/١١/٣٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢١٥ رقم ٥٥ - المنصورة الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية ١٧/٣/١٩٣١ س / ٢ ع ٧ ص ٦٤٥ رقم ٧٨ ·

وحكم بأن للزوجة أن تمتنع عن طاعة زوجها حتى تستوفى عاجل صداقها المسمى ، أو قدر ما يعجل لمثلها ، ولا يؤثر على حقها هذا رضاها في عقد الزواج أن تطيع زوجها في أى جهة وعلى أية حالة(١) .

وحكم بأنه لا تسمع دعوى الطاعة باقرار الزوج بعدم ايفاء الزوجة عاجل صداقها ولو سبق الاقرار باستيفائه ضمن قسيمة الزواج(٢) .

وحكم بأن قبض وكيل الزوجة لمقدم الصداق بعد مجلس العقد معتبر لايجوز معه للزوجة الامتناع عن طاعة زوجها بدعوى عدم قبضه(٣) .

وبأن ذمة الزوج تبرأ من حال الصداق لزوجته البكر باقرار والدها (وكيلها في العقد) بقبضه بعد العقد لأن له ولاية القبض عنها ، فلا يسمع الدفع بزوال ولايته بعد العقد جريا على المألوف والمعتاد من تسليم البنات الأبكار لأبائهن في العقد والزواج واستحيائهن من التكلم فيه أمامهم ، فلا يقبل الدفع مع هذا ، بعدم استيفاء عاجل الصداق(٤) .

١٤٣ - ويجب لكى يحكم بالطاعة ، كما سبق ذكره ، أن يكون السكن المعد مستوفيا شرائطه الشرعية ، ومن ذلك أن يكون لائقا بحالة الزوج المالية غير مشغول بسكن الغير بين جيران صالحين .

وقد حكم بأن عدم وجود مسكن يقتضي عدم تنفيذ حكم الطاعة . وكان المحضر ينفذ حكم طاعة فتبين عدم المسكن فأوقف التنفيذ ، وقد اعتبرت المحكمة محضر وقف التنفيذ حجة على الزوج في عدم وجود مسكن له(٥) .

---

(١) محكمة كرموز الشرعية ، ١٤٣/١٠/٣٤ ، المحاماة الشرعية ، س /٧ ع ٧ ، ٨ ص ٦٨٩ رقم ١٧٦ .

(٢) محكمة دشنا الشرعية ، ١٩٣٥/٣/٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ ع ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٥١ رقم ١٣٦ ، وقد تأيد في الاستئناف .

(٣) محكمة كفر صقر الشرعية ، ١٩٣٦/٩/٢٢ ، المحاماة الشرعية ، س /٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٢٦ رقم ٧٨ وقد تأيد في الاستئناف .

(٤) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٤/١١/١٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ ع ١ ، ٢ ص ١٣١ رقم ٣١ .

(٥) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢/١/٢٠ ، المحاماة الشرعية ، س/ ٣ ع ٩ ، ١٠ ٢٦٤ ص ١٥٤ .

وبأن صدور حكم الطاعة صلحا من غير ثبوت شرعية المسكن فيه لا يصلح حجة للنشوز[١] ٠

وبأن قرينة عجز المدعى عن بيان محل سكن أبويه مع شهادة الشهود بملكية المسكن لأمه ، مانعة من الحكم بالطاعة في السكن المذكور [٢] ٠

وبأنه لا يحكم بالطاعة على الزوجة في المسكن الذى يختلف عن مسكن الزوج بما يجعل المقصود منه مجرد الوصول للحكم بالطاعة[٣] ٠

وبأنه لا يصح الحكم بالطاعة في منزل ثبت بمحضر الحجز عدم وجود سكن للزوج فيه[٤] ٠

وحكم بأن العوامات في نهر النيل لا تصلح سكنا شرعيا اذا تضررت الزوجة بالسكنى فيها[٥] ٠

وبأنه ترفض دعوى الطاعة متى ثبت بيع ما بالمسكن من منقولات [٦] ٠

وحكم بأنه لا يشترط في شرعية المسكن وجود أدوات بعينها ، بل يجب أن تكون كالنفقة والكسوة يتبع فيها حال الزوج وبيئة الطرفين ، فليست جزءا

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣١/١١/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ٣ ع ٨ ص ٧٥٣ رقم ٢٣٠ ٠

(٢) بورسعيد الشرعية ، ١٩٣٣/٣/٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ رقم ١٥٥ ص ٤٧٤ ٠ وقد تأيد استئنافيا ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢/٦/١٥ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٨٤٨ رقم ٢٢٩ ٠

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٢/٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٦ / ع ٩ ، ١٠ ص ٩٤٥ رقم ٢٥٨ ٠

(٥) الجمالية الشرعية ، ١٩٢٩/٤/١٠ ، المحاماة الشرعية ، س / ١ ع ١ ص ٣١ رقم ٩ ٠

(٦) مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٢/٦/٢٠ ، المحاماة الشرعية ، س/٤ ص ٧٤٩ رقم ٢٣٠ ٠

من مفهوم المسكن ولا شرطا في صحته . وبأن الدفع في جلسة المعارضة بخلو المسكن من الأدوات ، ارتكانا على محضر حجز توقع بعد الحكم بالطاعة ، لايطعن في هذا الحكم ، فلا يصح سماعه ، ولا التعويل على محضره(١) .

وحكم بأنه لا صحة للقول بأن وقف التنفيذ لاشتراك مرافق السكن لا يصادف قولا في المذهب(٢) .

وبأن اختيار الزوج للطاعة مسكنا (غير الذى كانت تعاشره فيه الزوجة) غير لائق بحالهما دليل على قصد المضارة بالزوجة يتعين معه رفض دعوى الطاعة(٣) .

---

(١) شبراخيت الشرعية ، ١٩٣٢/٥/٣١ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٤٥٦ رقم ١٤٥ .

ومما جاء في هذا الحكم قوله : (الفقهاء لم يجعلوا الأدوات جزءا من مفهوم المسكن الشرعى ولا شرطا في صحته ، ولا في وجوده وتحققه ، بل جعلوا الأدوات التى تلزم في المسكن بعضها يرجع الى نفقة الطعام ، وبعضها يرجع الى الكسوة ، وجعلوها في الاعتبار كالنفقة والكسوة تقدر بقدر حال الزوجين وبيئتهما – ويعلم ذلك من كلامهم على المسكن الشرعى وتعريفه : جاء في التنوير وشرحه في باب النفقة : (وكذا تجب لها السكنى في بيت خال من أهله وأهلها بقدر حالهما – وبيت منفرد في دار له غلق كفاها . وفي الخيرية في باب النفقة أيضا جوابا عن سؤال ما هو المسكن الشرعى): المسكن الواجب عليه شرعا على الصحيح في بيت له مرافق وغلق على حدة ، فلا بدله من بيت خلاء ومطبخ ، ويشترط ألا يكون في الدار أحد من أحمائها يؤذيها) كما صرح به في الخانيه (ويكون بين جيران صالحين ، ويشترط أن يكون مأمونا عليها فيه) . ومثله في الفتح والزيلعى وتنقيح الحامدية في باب النفقة) .

(٢) محكمة السويس الشرعية ، ١٩٣٠/١١/٨ ، المحاماة الشرعية ، س / ٩ ع ٦ ص ٥٣٧ رقم ١٠٦ .

وفي الحكم قوله : (نصوص المتون على أن الزوج لو أعد لزوجته بيتا من دار له غلق يكفيها . وقد علق بعض الشروح على ذلك بأن مفاده لزوم كنيف ومطبخ مشتركين كمن يسكنون الربوع والأحواش ...... فالقول بعدم مصادفة الحكم المذكور قولا في المذهب غير صحيح) .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٢/١٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ٧ ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٨٤ رقم ٤٨ .

وبأن دلالة محضر الحجز على نقص بعض أدوات مسكن الطاعة الضرورية كافية في عدم شرعيته ورفض دعوى الطاعة(١) .

وبأنه لا يكون المسكن شرعيا بعدم كفاية أدواته للمعيشة الزوجية(٢) .

وبأن الحجز على أدوات المسكن لا يخرجه عن شرعيته مادامت فيه الأدوات الكافية(٣) .

وبأن الحجز على أدوات مسكن الطاعة وتعيين أخ الزوج حارسا عليها لا يمنع من شرعيته .

وبأن الحجز على أدوات المسكن وتعيين حارس أجنبى عليها مانع من الحكم بالطاعة (٤) .

وبأن محضر الحجز السابق التاريخ على صدور حكم الطاعة لايصلح دليلا على عدم شرعية المسكن (٥) .

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٢/١٤ ، المحاماة الشرعية ، س / ٧ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٨٣ رقم ٤٧ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٣/٢٨ ، المحاماة الشرعية، س / ٧ ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٥٤ رقم ١١٥ .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٨/٥/٢٦ ، المحاماة الشرعية ، س / ٩ ع / ٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ .

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٥/٢٩ ، المحاماةالشرعية، س / ٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٨٠ رقم ٥٧

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٦/٣/١٩ ، المحاماة الشرعية، س / ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٧٦ رقم ٥٥

وبأن نقص أدوات المسكن وعدم صلاحية الموجود منها للاستعمال مانع من الحكم بالطاعة لعدم الشرعية له (١) ٠

وبأنه تزول شرعية مسكن الطاعة بثبوت عدم كفاية أدواته للمعيشة الزوجية وعدم عودتها اليه بعد سبق اخراجها منه(٢) ٠

وبأن حجز الزوجة على أدوات مسكن الطاعة وتعيين الزوج حارسا عليها لايمنع من شرعيته ما بقيت الأدوات فيه ، كما أنها بالحجز على ما بالمسكن من ضرورى الأدوات تعتبر مخالفة للشرع والقانون فلا يحاسب الزوج على هذا للمانع الذى جاء من قبلها بقصد ازالة شرعية المسكن وتعامل هى برد قصدها عليها(٣) ٠

وحكم مع ماذكر بأنه لا يؤثر على شرعية المسكن حجز أدواته وتعيين أجنبى حارسا عليها ولا يكون الزوج غير مأمون على زوجته بغصبه جهازها(٤) ٠

كما حكم بأن دلالة محضر الحجز على تجرد المسكن من الأدوات مانعة من الحكم بالطاعة في هذا المسكن(٥) ٠

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٥/٥/٣٠ ، المحاماة الشرعية ، س/٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص ١٩٣ رقم ٦٣ ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٥/٤/٨ ، المحاماة الشرعية س / ٧ ع ٩ ، ١٠ ، ص ٨١٠ رقم ٢١٢ ٠

(٣) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٧ ع ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٧٨ رقم ١٢٦ ٠ وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف ٠

(٤) محكمة ملوى الشرعية ٢٨ /١٩٣٣/١١ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٦٦ رقم ٢١٠ - تأيد في الاستئناف ٠

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٦/٦ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ١ ، ٢ ص ١٣٤ رقم ٤٨ ٠

وبأن محضر الحجز من الأوراق الرسمية التى لها حجيتها على الكافة فيما اشتملت عليه ، فمتى ثبت بمحضر الحجز المتوقع على مسكن الطاعة خلوه من الأدوات كان ذلك مانعا من الطاعة[١] ٠

وحكم بأنه لايصح الحكم بالطاعة اذا كان قد حجز على أدوات المسكن وعين عليها حارس بناء على طلب المدعى عليها (الزوجة) تنفيذا للحكم الصادر بنفقتها[١] ٠

وبأن عدم كفاية ادوات المسكن بحسب العرف لا تعتبر معه الزوجة ناشزا[٣] ٠

وبأن الحجز على ادوات المسكن الشرعى وعدم تمكن الزوجة من دخوله بسبب الحجز يكون عذرا مقبولا ولا يعتبر عدم وجودها في المسكن حينئذ نشوزا تسقط به نفقها ولو كان الحجز منها هى[٤] ٠

وبأن ما يذكر بمحاضر الحجز على مسكن الطاعة من المنقولات حجة في دفع دعوى الطاعة متى دلت على عدم وجود مايكفى[٥] ٠

وحكم بأنه لا تدفع شرعية المسكن بحجز منقولاته ولو تعينت ضرة المحكوم عليها حارسا على المنقولات[٦] ٠

---

(١) محكمة فاقوس الشرعية ١٩٣٣/١٠/١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٣ ، ٤ ، ص ٣٦٩ رقم ١١٠ لم يستأنف وصار نهائيا ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٢/٢٤ المحاماة الشرعية س/ ٥ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٦٢ رقم ٢٦٩ ٠

(٣) أسيوط الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١/٢١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ ، ٨ ص ٧٤٤ رقم ١٩٨ ٠

(٤) كرموز الشرعية ١٩٢٩/١٢/١٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع ٨ ص ٧٢٠ رقم ١٩٦ ٠

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٢٨/١١/١ المحاماة الشرعية س/ ١ ع ٥ ص ٤١٤ رقم ١١٥ ٠

(٦) محكمة السنبلاوين الشرغية ١٩٣٤/٢/١٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٧١ رقم ٢١٤ ـ تأيد في الاستئناف ٠

وحكم بأن خلو مسكن الطاعة من الأدوات بتقرير المحضر الذى قام بالحجز عليها واعتراف الزوج بأنه هربها منه خشية الحجز عليها يقتضي وقف تنفيذ حكم الطاعة حتى تعود للمسكن شرعيته (١) ٠

وحكم أيضا بأنه لا تعود للمسكن شرعيته بعد ثبوت زوالها بمحضر الحجز الدال على خلوه من الأدوات بمجرد دلالة محضر آخر في تاريخ لاحق له على كفاية أدواته لأنه متى قام الدليل على زوال شرعية المسكن لا تعود الا بحكم كما لا يصلح المحضر الأخير دليلا على صحة حكم الطاعة المستأنف ووجوب تأييده ٠

وحكم بأن العبرة في السكنى بحال الزوج يسارا واعسارا (٢) وأن أدوات مسكن الطاعة تقرر بحسب حال الزوج يسارا واعسارا كالطعام والكسوة لأن السكن من النفقة ومسكن الغنى ليس كمسكن الفقير أو متوسط الحال (٣) وبهذا الحكم كذلك أن محضر الحجز لا يكون حجة في خلو المسكن من الأدوات اذا لم ينص فيه على أن المحجوز عليه من الأدوات هو كل أدوات المسكن لجواز أن تكون بالمسكن أدوات مناسبة لم يشملها الحجز ويكون بها المسكن شرعيا ٠

وحكم بأن ماثبت بمحضر الحجز من بيع أدوات مسكن الطاعة لا يخرجه عن شرعيته اذا كانت المشترية قد صرحت للزوجين باستعمالها كما لا يصلح محضر الحجز حجة على شغل المسكن بسكن الغير (٤) ٠

---

(١) كوم حمادة الشرعية ١٩٣٢/٦/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٤٨ رقم ٢٠١ ٠ الحكم نهائى بطبيعته ٠

(٢) محكمة المنيا الشرعية ١٩٣٥/١٠/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٧ ع ٧ ، ٨ ص ٦٩٥ رقم ١٧٩ ٠ تأيد في الاستئناف ٠ وفى هذا الحكم كذلك : يكتفى بتجديد اصلاح المنزل عن اعادة تشييده مادام قد أصبح صالحا للسكنى ولائقا بعد التجديد ٠

(٣) محكمة شبراخيت الشرعية ١٩٣٣/١/٣ المحاماة الشرعية س ٦ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٥٣ رقم ٤٣ ٠ تأيد في الاستئناف ٠

(٤) الزقازيق الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية س/٦ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ٥١٣ رقم ٤٣ ٠

وحكم بأن الحجز على ادوات المسكن وتعيين حارس عليها مانع من استعمالها فلا يصح الحكم بالطاعة فيه (١) ٠

وحكم بأنه اذا دفعت الزوجة حكم الطاعة الصادر عليها غيابيا بخلو المسكن من الادوات متمسكة بمحضر محرر بمعرفة أحد المحضرين دليلا على ذلك ثم تنازلت عن الدفع حتى رفضت المعارضة فهذا لا يمنع من دفعها به تارة أخرى في الاستئناف ولا يؤثر على استدلا لها عليه بذلك المحضر لان الدعوى تعود بالاستئناف الى ما كانت عليه قبل الحكم (٢) ٠

١٤٣ - ومما يشترط لصلاحية المسكن للطاعة كما سبق القول ليكون شرعيا أن يكون خاليا من سكن الغير وأن يكون بين جيران صالحين ٠

وقد حكم بالتطبيق لذلك بأن المسكن الذى لاجيران له مسكن غير شرعى ولا تجبر الزوجة على طاعة زوجها فيه ٠ ومما جاء في هذا الحكم ان التشريع الاسلامى يتطلب خلو منزل الطاعة من سكنى أهلها وأهله رعاية لهما في العشرة وكمالها ، وعناية بالمرأة حتى تكون في مأمن على نفسها ومالها ، فلو أراد اسكانها مع ضرتها أو مع أحمائها كأمه واخته وبنته وأبت عليه ذلك أجبر على اسكانها في منزل على حدته لأن اباءها دليل الأذى بهم والتضرر منهم ٠

وشرط الفقهاء أن يكون بين جيران صالحين وأقوام خيرين حتى لا تأخذ الزوجة فيه وحشة ، فقال صاحب البحر : للزوج ان يسكنها حيث أحب ولكن بين جيران صالحين ٠ وفي ابن عابدين : علم من كلامهم أن البيت الذى ليس له جيران ليس بمسكن شرعى ٠ ومثله الزيلعى (٣) ٠

---

(١) محكمة بلبيس الشرعية ١٥/٥/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س/٥ ع ١ ، ٢ ص ١٦٧ رقم ٦٢ ٠ استؤنف وتأيد ٠

(٢) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية ١/١١/١٩٣١ المحاماة الشرعية س / ٣ ع ٣ ص ٢٥٨ رقم ٥٩ ٠

(٣) محكمة الأقصر الشرعية ١٣/١٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٨٠٧ رقم ٢٢٩ ٠ صار نهائيا ٠

وحكم بانه يمتنع الحكم بالطاعة في مسكن له جار واحـد وكانت منقولاته قد نقلت منه(١) ٠

وبأنه لا يمنع من شرعية المسكن كونه بين جارين فقط يغيبان اكثر النهار خارج منزلهما(٢) ٠

وبأنه لايلزم لشرعية مسكن الطاعة أن يكون جيرانه سـكانا في نفس المنزل الذى فيه المسكن(٣) ٠

وحكم بأنه يمنع التعرض بتنفيذ حكم الطاعة اذا دلت محاضر الحجـوز على شغل المسـكن بالكبار من أولاد الزوج(٤) ٠

وبأن استحضار والدة الزوج مفتاح مسكن الطاعة للمنفذ لاينهض دليلا على سكنها فيه(٥) ٠

١٤٤ ـ وما أثر النقلة في طلب الطاعة :

حكم بأن الموظف مضطر بحكم وظيفته الى تغيير المسكن فاذا حكم لـه بالطاعة في منزله فان هذا لا يمنعه عند انتقاله بحكم وظيفته الى بلد آخر من طلب الحكم بالطاعة في منزل هيأه لزوجته فيه(٦) ٠

---

(١) محكمة الزقازيق الابتدائيـة الشرعية ١٩٣٤/١٠/٢٠ المحـاماة الشرعية س / ٦ ع ١ ، ٢ ص ١٢٥ رقم ٢٧ ٠ وقد جاء به أيضـا أن استيفاء المسكن أدواته الشرعية بعد الحكم بالطاعة يجعل الحكم بها غير صحيح ٠

(٢) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س/٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ ٠ تأيد استئنافيا ٠

(٣) محكمة السيدة الشرعية ١٩٣١/١٢/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٩٥ رقم ٢٤٠ ٠ تأيد استئنافيا ٠

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/١/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٥٦ رقم ١٤

(٥) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ ٠ تأيد استئنافيا ٠

(٦) محكمة أسيوط الجزئية الشرعية ١٩٣٣/٥/٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٥ ، ٦ ص ٥٧٧ رقم ١٥٨ ٠ تأيد استئنافيا ٠

وبأن للقاضي أن يتصرف برأيه في طلب الزوج طاعة زوجته له في بلد آخر غير بلدها الذى عقد عليها فيه والذى هو مقر عشيرتها فان رأى فيه ما يرجح قصد المعاشرة أجابه الى طلب الطاعة ، والا فلا ، كأن يكون قصد الكيد(١) ٠

وبأنه اذا أقر الزوج بأن لا حق له في نقل زوجته من جهة معينة الى جهة أخرى صح هذا الاقرار ويؤخذ به شرعا فلا تسمع منه دعوى نقلها من تلك الجهة(٢) ٠

وحكم أيضا بأن الزوج ، وهو من أهل الحرف لو اتخذ مسكنا للطاعة في غير بلده الذى ولد ونشأ فيه وباشر حرفته به وعاشر زوجته فيه زمنا طويلا ولم يذكر سببا معقولا يبرر انتقاله الى ذلك البلد الجديد لايجاب الى طلب الطاعة لما في ذلك من الدلالة على أنه انما قصد الاضرار بالزوجة(٣) ٠

١٤٥ ـ ويجب لكى يجاب الزوج لطلب الطاعة الا يكون بقصد المضارة ، ومن هذا القبيل :

ما حكم به بأنه لا يجاب طلب الحكم على الزوجة المريضة فاقدة الارادة المحجور عليها بالطاعة لأنه في هذه الحالة يكون القصد منه المضارة(٤) ٠

وما حكم به من أنه لا يحكم على الزوجة بالطاعة متى ثبت أنها وزوجها مصابان بمرض معد لما يترتب على ذلك من نتائج خطرة وآثار سيئة في حياتهما

---

(١) محكمة بنى سويف الشرعية ١٩٣٥/٣/١٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٩ ، ١٠ ص ٩٩١ رقم ٢٨١ صار نهائيا ٠

(٢) محكمة الجمالية الشرعية ١٩٣٣/٤/١٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ١ ، ٢ ص ١٦٤ رقم ٦١ ٠ تأيد استئنافيا ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٨/٣/١٠ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٧ ص ٦٢٥ رقم ١٢٤ ٠

(٤) محكمة امبابة الشرعية ١٩٣٤/٣/٨ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٢٨ رقم ١٢٧ ـ تأيد استئنافيا ٠

وفي النسل وفي المجتمع ولأن الشريعة الاسلامية لا تبيح هذا الضرر ولا تقره بل توجب العمل على تلافي أسبابه وزوال مقتضياته اذ النكاح لم يشرع الا ليكون وسيلة لمعاشرة صالحة قوامها الرحمة والمودة ومفضيا الى نسل صالح للبقاء ونافع للمجتمع في غير ماضرر ولاضرار (١) ٠

وما حكم به من أن دفع دعوى الطاعة بعيب في الزوج وباضراره بالزوجة غير مؤثر فيها ومادامت المدعى عليها لم ترتب على ذلك طلب التفريق ٠ فاذا طلبت التفريق كان رضاؤها بالعيب وعجزها عن اثبات الضرر مانعيها من اجابتها(٢) ٠

١٤٦ ـ وعن أثر ارضاع الزوجة لطفل الغير على حق الزوج في الاستمتاع :

حكم بأن استئجار المرضع المتزوجة لارضاع طفل الغير لايؤثر على حق الزوج في الاستمتاع بزوجته في غير منزل المستأجر وأن رضي الزوج بالايجار وتعهد بعدم التعرض لها فيه لعدم التعارض بين الحقين(٣) ٠

المطلب الثالث

حقوق الزوجة على زوجها

١٤٧ ـ من هذه الحقوق :

١) العدل : يجب على الزوج ان يعدل بين زوجاته اذا كان معددا ٠ والعدل المقصود هنا هو العدل فيما يمكن التسوية فيه وهو العدل في المبيت

---

(١) محكمة الضواحي الشرعية ١٩٣٨/٣/١٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ١٠ ص ٩٢٩ رقم ١٩١ ٠ وقد تأيد هذا الحكم في الاستئناف ٠ وقد كان مرض الزوجين هو الزهري ٠

(٢) محكمة الجمالية الشرعية ١٩٣٣/١٠/١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع ٧ ، ٨ ص ٧٧٣ رقم ٢١٠ ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٨/٣/١٣ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٥ ص ٤٣٦ رقم ٨٧ ٠ ومعنى هذا الحكم ان للزوج طلب الطاعة في مسكن معين غير مكان الارضاع ٠

والعدل في النفقة والعـدل في المعاملة . اما العـدل في ميل القلب فهـو امـر غير مستطاع ولذلك لاتناط به الاحكام . يدل على ذلك ما روته عائشه رضي الله عنها من قولها : كان الرسـول ﷺ يقسم بين زوجاته فيعـدل ويقول : « اللهـم هـذا قسمى فيما املك فلا تلمنى فيما تملك ولا املك » . والمقصـود بذلك المحبة وميل القلب .

ويدل على وجـوب العدل بين الزوجات عند التعدد قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم الا تعدلوا فواحدة »(١) . فيجب على من يريد التعدد العـدل بين الزوجات فان خافـ الجور لزمـه ان يقتصر على واحـدة وجمهور المفسرين على ان المقصود بالعـدل في هـذه الآية هو العـدل في القسم والنفقة . فقد قال القرطبى : انها منعت من الزيـادة التى تؤدى الى ترك العـدل في القسم وحسن العشرة . وقال الجصاص : ان العدل المقصود هنا هو العدل الظاهر في القسم بين الزوجات والمسـاواة في الانفاق والمسـاواة في المعاملة الظاهرة وليس هو العدل في المحبة البـاطنـة لان هـذا امر غير مستطاع والله تعـالى يقول : « لا يكلفـ الله نفسا الا وسـعها » . ولا يوجد تعارض بين هـذه الآية وآية : « ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » ، يدل على ذلك حـديث عائشة رضي الله عنها المـار . والقرطبى يقول فيها : ان ذلك ميل الطبـع في المحبة والجماع والحظ من القلب ، فالبشر بحكم الخلقة لا يملكون ميـل قلوبهم الى بعض دون بعض . وعلى ذلك فالعـدل المقصود في الآية الأولى غيره في الثانية (٢) .

ويلاحظ انه لا حق للزوجات في القسم حال السـفر فالزوج له ان يختـار منهن لتكون معه اثناءه من شاء واذا قدم لا يلتزم بالمبيت عند غيرها مثـل المـدة التى كانت تصاحبه فيها في السفر ، ولكن الأفضل مع ذلك الاقراع بينهن .

---

(١) سـورة النسـاء آية رقم ٣ .

(٢) القرطبى جزء / ٥ ص ٢٠ ـ ٢٢ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ـ الزمخشرى جزء / ١ ص ١٤٣ ، ٣٥٩ ـ ٣٦١ ـ معانى القرآن للفراء جزء / ١ ص ٢٥٣ ـ ٢٥٥ . وقد نصت المـادة ٧٤ من قانون حقوق العائلة على أن « الرجل =

١٤٨) ٢ - المهـر ٠

٣) النفقـة ٠

ولمـا كان لكل من هذين الحقين احكـام تفصيليـة وخطر في العمـــل فسنتكلم عنهما في مبحثين متتاليين :

=مجبور على اجراء العدالة والمساواة بين زوجاته المتعددات » وهذا النص قنن الفقه في هذا الواجب تقنينا صحيحا ، فجعل الزوج ملزما اذا عدد الزوجات ان يعدل ويسوى بين زوجاته ٠ ومعنى هذا ان المقصود هنا هو العـدالة في القسم والمبيت والانفاق لان هذا هو الممكن ، ولا يمكن القول ان المقصـود ايضا هو العدل في ميل القلب فهذا امر مستحيل وهو مستبعد في القانون لانه ابـاح الجمع بين اكثر من واحـدة ٠

المبحث الثالث

المهــر

المطلب الأول

تعريفه ووجوبه

١٤٩ ـ المهــر شرعا هو المــال الذى يجب على الزوج لزوجته بســبب عقد الزواج الصحيح أو بسبب الدخول في الزواج الفاسد ٠

والمهــر له أسماء اخرى منها : النحلة والصــداق والعقر والعطيــة والأجــرة ٠

١٥٠ ـ وهو يجب شرعا على انه هدية وعطية لازمة على الزوج لزوجته وليس عوضا عن ملكه الاستمتاع بها ٠ وفي هذا اظهــار لشرف هذا العقد وخطره ولذلك سماه القرآن الكريم نحلة ، اى عطاء في قوله تعــالي : « وآتوا النســاء صدقاتهن نحلة » [1] ٠ ولو لم يكن المهــر كذلك وكان بدلا كالثمن والأجرة لوجب ان يسمى في العقد مع ان النكاح يصح من غير ذكر المهــر بــل مع نفيــه ٠

١٥١ ـ وهو واجب من الزوج للزوجة وليس من الزوجة للزوج : والذى يدل على وجوب المهــر على الزوج القرآن ، ومن ذلك قوله تعالى : « وآتوا النســاء صــدقاتهن نحلة » ٠

ويدل على ذلك ايضا الاجماع فقد انعقد اجماع المســلمين ســلفا وخلفا من لدن النبى ﷺ حتى يومنا هــذا على ان المهــر انما يجــب على الزوج لزوجته ٠

---

(١) ســورة النســاء آية رقم ٤ ٠

ويدل على ما تقدم ايضا المعقول لان التكاليف المالية طبقا للنظام الطبعى تكون على عاتق الزوج وعلى المرأة شئون البيت فكانت تكاليف الزواج المالية عليه . والمرأة وهى منتقلة لمنزل الزوجية تحتاج لثياب وغيرها من حاجيات يساعد المهر على اعدادها وليس ذلك فقط فقد جرى العرف على ان تعد المرأة اثاث البيت فالمهر يسهم في تكاليف الاثاث . كما ان المهر يجعل الزوج متمسكا بالحياة الزوجية مفكرا دوما في الابقاء عليها مبتعدا ما يسعه الجهد عن هدمها لكى يوفر على نفسه ما يكون في ذمته من مهر لزوجته فضلا عما قدمه لها وموفرا على نفسه ايضا ما قد يدفع من مهر جديد لمن قد يتزوجها بعد طلاق زوجته . والمهر فيه تكريم للمرأة فضلا عما تقدم وبالجملة فهو يساعد على تحقيق مقاصد الزواج واستدامته (١) .

١٥٢ - والمهر حكم من احكام عقد الزواج وليس شرطا من شروطه وبناء على ذلك يصح عقد الزواج بدون ذكر المهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا اظهارا لشرف المحل وعلى ذلك فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح . وليس ذلك فقط بل أن الزواج يصح اذا شرط الا مهر لها ويبطل الشرط ويكون لها مهر مثلها . ودليل صحة الزواج بدون ذكر المهر قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » (٢) وفي هذه الآية

---

(١) يلاحظ انه يترتب على كون المهر حقا للمرأة باعتباره اثرا من آثار عقد الزواج الصحيح ان من حقها اسقاطه وابراء الزوج منه ان كان دينا لم تقبضه ولها كذلك ان تهبه اياه ان كانت قد قبضته . وعند تسمية المهر في العقد لا يكون حقا لها وحدها ، بل ان الاولياء العصبة لهم الاعتراض عند أبى حنيفة اذا كان المهر دون مهر المثل ويفسخ العقد لهذا الاعتراض اذا لم يكمل المهر لمهر المثل . ولكن يلاحظ ان الذى من حق الاولياء هنا ليس هو المهر ذاته بل حقهم في ان يكون المهر مساويا لمهر المثل أو دونه بغبن يسير .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٦ .

حكم بصحة الطلاق مع عدم تسمية المهر والطلاق لا يكون الا فى النكاح الصحيح فترك التسمية لا يمنع صحة النكاح • ويدل عليه ايضا ما روى عن علقمة عن عبد الله بن مسعود ان رجلا كان يختلف اليه شهرا يسأله عن امرأة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها مهرا وكان يتردد في الجواب فلما تم الشهر قال للسائل : اجتهد برأيي فان اصبت فمن الله وان اخطأت فمنى ومن الشيطان : ارى ان لها مثل تسائها لاوكس ولا شطط • فقام رجل يقال له معقل بن سنان وقال : انى اشهد ان الرسول ﷺ قضي في بروغ بنت واشق الاشجعية مثل قضائك هذا • ثم قام اناس من اشجع وقالوا : انا نشهد بمثل شهادته • ففرح عبد الله بن مسعود فرحا لم يفرح مثله في الاسلام لموافقة قضائه قضاء رسول ﷺ •

١٥٣ ـ سبب وجوب المهر :

سبب وجوب المهر قد يكون العقد وذلك في الزواج الصحيح • فوجوب المهر هنا سببه هو ذات عقد الزواج • وقد يكون سبب وجوبه هو الدخول لا العقد وذلك يكون في الزواج الفاسد • واصل ذلك ان المهر من احكام النكاح والنكاح الفاسد لا تترتب عليه بذاته احكام لان الشارع لا يعترف بوجوده ، فلا يترتب عليه تبعا المهر • ولكن اذا حصل في الزواج الفاسد دخول مع وجود الشبهة التى تسقط الحد فان هذا الدخول تستحق به المرأة المهر لان الوطء في الاسلام لا يخلو من حد أو مهر ، فما دام ان الحد سقط بالشبهة فان المهر يجب (١) •

---

(١) وكون سبب وجوب المهر هو العقد الصحيح أو الدخول في العقد الفاسد هو ما عليه القانون اللبنانى ، فقد نصت المادة ٦٩ من قانون حقوق العائلة على انه : « يلزم مهر الزوجة •••••• على الزوج عند تمام عقد النكاح الصحيح •••••• » •

ونصت المادة ٧٥ من القانون المذكور على ان : « النكاح الباطل مطلقا سواء حصلت المقاربة أم لا والنكاح الفاسد اذا لم تحصل فية المقاربة • =

١٥٤ - وقد حكم بأن نكاح المطلق مطلقته طلاقا مكملا للثلاث نكاح باطل . وبأن الوطء في النكاح الباطل مع العلم بالحرمة محض زني، ويجب فيه الحد ولا يترتب عليه مهر مطلقا (١) .

المطلب الثاني

مقدار المهر

١٥٥ - ليس في الحد الاعلى للمهر نص من كتاب ولا سنة ، لذلك فليس هناك خلاف بين الفقهاء في ان المهر لا يتقيد بحد اعلى . ولكن مع ذلك يحسن شرعا عدم التغالي في المهور لما يجره ذلك من المفاسد الاجتماعية بسبب الاحجام عن الزواج وقد روت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قوله : « ان اعظم النكاح بركة ايسره مؤونة » .

اما الحد الأدنى للمهر فقد حصل فيه الخلاف : فالحنفية يجعلون الحد الادنى له عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم . وسندهم في ذلك قوله تعالى « واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين » ففى الآية ان المهر **مال** والاقل من العشرة دراهم لا يعد مالا . كما روى عن جابر ان الرسول ﷺ قال : « لا مهر دون عشرة دراهم » . وهذا الحديث وان كان ضعيفا ففى صحة الاستدلال به كلام الا انه تقوى بما روى عن عمر وعلى وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا : لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم . والظاهر انهم قالوا ذلك توقيفا فهذا باب لا يدرك بالاجتهاد والقياس

=لا يفيدان الحكم اصلا وعليه لا تثبت بينهما احكام النكاح الصحيح كالنفقة والمهر .. » .

ونصت المادة ٧٦ على أنه : « اذا حصلت المقاربة في النكاح الفاسد يلزم بها المهر ...... » .

(١) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٧/٨/٢٤ المحاماة الشرعية س/٨ ع ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٣١٦ رقم ٧٥ .

وانما يدرك بالسماع من النبى ﷺ فيكون في حكم الحديث . وفضلا عن ذلك فانه لخطر البضع وصيانة له عن شبهة الابتذال يجب ان يكون المهر مالا له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة .

واما الاحاديث التى ورد فيها المهر باقل من عشرة دراهم فقد حملوها على ان المراد به ما عجل للمرأة فيها من المهر لان العادة كانت جارية على تعجيل بعض المهر قبل الدخول .

وهناك في الحد الادنى اقوال اخرى منها قول مالك ان اقل المهر ربع دينار أو مقدار ثلاثة دراهم تأسيسا على أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهو يساوى ربع دينار . وقدر ابن شبرمة أقل المهر بخمسة دراهم وقدره النخعى باربعين درهما وسعيد بن جبير بخمسين (١) .

---

(١) المغنى جـ / ٨ ص ٤ ، ٥ ـ بداية المجتهد جـ / ٢ ص ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ومما جاء فيه عن سبب الاختلاف في التقدير انه سببان : أولهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين ان يكون عبادة فيكون مؤقتا وذلك انه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على اسقاطه يشبه العبادة والسبب الثانى معارضة هذا القياس فالمقتضي التحديد لمفهوم الأثر الذى لا يقتضي التحديد . اما القياس الذى يقتضي التحديد فهو أنه عبادة والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذى يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته ومما فيه قول الرسول ﷺ (التمس ولو خاتما من حديد) وفي هذا دليل على انه لا قدر لأقل المهر . وهذا الاستدلال بين مع ان القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه ابتنى على مقدمتين : احداهما ان الصداق عبادة والثانية ان العبادة مؤقتة . وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلقى في الشرع من العبادات ماليست مؤقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وايضا فانه ليس فيه شبه العبادات خاصا ...... الى أن قال : ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة .

وعند الشافعى وآخرين المهــر غير مقدر يستوى فيه القليل والكثير فلا حد عنده لاقله . ومما اســتدل به لرأيه ان كل ما يصدق عليه اســم المــال يصلح مهرا لقوله تعــالى : « ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مســافحين » . وقــول الرســول ﷺ : « التمس ولو خاتما من حديد » وهـــو دون العشرة دراهــم جزما (١) .

---

(١) ممن قالوا ان المهر غير مقــدر أحمد واسحق وابو ثور ، وبه قــال ايضا : الحسن وعطاء وعمرو بن دينار وابن أبى ليلى والثورى والأوزاعى والليث وداود . قال بذلك ايضا ابن وهب من أصحاب مالك .

ومن حججهم :

حديث ســهل بن سعد الساعدى المتفق على صحــته وفيه أن امــرأة قالت للرسول ﷺ : يارســول الله انى وهبت نفسي لك . فقامت قياما طويلا . فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة . فقــال الرسول ﷺ : (هل معك من شيء تصدقها اياه) فقال : ما عندى الا ازارى . فقــال الرسول ﷺ : (ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا) . فقــال : لا أجد شيئا فقال الرســول ﷺ : (هل معك شيء من القرآن) قال : نعــم ســورة كذا وســورة كذا لســور سماها فقال الرسول ﷺ : (قد انكحتكهــا بما معك من القــرآن) .

وقد قالوا ان في هذا الحديث دليلا على أنه لا قدر لأقل المهر لأنه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ويقتضي مفهوم هـــذا الحديث عدم تحديد أقل المهر (بداية المجتهد جـ/٢ ص ١٤ ، ١٥ طبعة دار الفكر ببيروت) .

وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بنى فــزارة تزوجت على نعلين فقال الرسول (ص) (ارضيت من نفسك ومالك بنعلين) قالت : نعم فأجــازه . أخرجه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن صحيح .

وعن جابر ان الرســول (ص) قال (لو أن رجلا أعطى امــرأة صـــداقا ملء يده طعاما كانت له حــلالا) رواه الامام أحمد في المسند وآية : (وأحــل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) فيدخــل في النص القليل والكثير من كل ما يصدق عليه اســم المــال ولأن المهــر بدل منفعة فجاز ما تراضيا به عليه من المــال كالأجرة .

(المغنى جـ / ٨ ص ٤ ، ٥ طبعة ســنة ١٩٧٢ بدار الــكتاب العــربى ببيروت ـ كشاف القناع جـ/٥ ص ١٢٩، ومما فيه كذلك قوله : يستحب ان=

١٥٦ - ما يصح ان يسمى مهرا وما لا يصح :

يصلح ان يكون مهرا كل **مال متقوم معلوم علما ليس فيه جهالة فاحشة متى بلغ عشرة دراهم** او اكثر عند الحنفية او لم ينقص عن الحد الادنى عند غير الحنفية . ويجوز كونه منقولا من النقود او غيرها ، كما يجوز كونه عقارا ويصح ان يكون المهر منفعة اذا كانت مما يستحق في مقابلة المال مثل ان يتزوجها على سكنى داره وركوب دابته او سيارته وزراعة ارضه ونحو ذلك من منافع الاعيان مدة معلومة ما دامت قيمة هذه المنفعة عشرة دراهم على الأقل . وانما صلحت المنفعة هنا مهرا لأن المنافع أموال أو التحقت بالأموال شرعا في سائر العقود وللحاجة والحاجة في النكاح متحققة . اما اذا لم تكن المنفعة مما يستحق في مقابلة المال فانها لا تصلح ان تكون مهرا ، ومن ذلك أن يتزوجها على طلاق امرأة أخرى او على العفو عن القصاص او على الا يتزوج عليها او لا يخرجها من بلدها . فان المذكور هنا مهرا ليس بمال فلا يصلح مهرا شرعا وان كانت فيه منفعة للزوجة . واذا كانت المنفعة المسماة مهرا هى تعليم القرآن أو علوم الدين فعند المتقدمين من الحنفية لا تصح التسمية لأن

=لا ينقص المهر عن عشرة دراهم خروجا من خلاف من قدر أقله بذلك . وكان للنبى ﷺ أن يتزوج بلا مهر لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم - وكذلك الروض المربع ج / ٢ ص ٢٨٠ الطبعة السابعة بالقاهرة سنة ١٣٩٢ هـ - بداية المجتهد ج / ٢ ص ١٤ ، ١٥) .

وردوا على القائلين بتحديد أقل المهر فقالوا : حديث المخالفين : (لا مهر دون عشرة دراهم) هو حديث ضعيف فهم يروونه عن ميسرة بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء عن جابر ، وميسرة ضعيف والحجاج بن أرطأة مدلس وعطاء لم يلق جابرا فلا يعارض حديث سهل بن سعد ولو كان هذا الحديث ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف ولو كان ثابتا فيحمل على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب (المغنى ج / ٨ ص ٤ ، ٥ بداية المجتهد ج / ٢ ص ١٥ ، ١٦) .

وقالوا : قياس المخالفين على نصاب السرقة قياس لا يصح فان النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع اتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض فقياسه على الأعواض أولى (المغنى ج / ص ٥) .

منفعة تعليم القرآن وعلوم الدين لا تقابل بالمال ولكن عند متأخرى المذهب تصح التسمية لان الفتوى عندهم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن والفقه فيجوز تسميته مهرا لان ما جاز اخذ الاجرة في مقابلته من المنافع جاز ان يسمى صداقا ٠

وكل ما ليس بمال لا يصلح أن يكون مهرا كما لو تزوج المسلم المسلمة على ميتة أو دم لان الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد وما ليس بمال لا يصلح مهرا ٠ وكل ما ليس بمال متقوم في حق المسلم وان كان متقوما في ذاته فانه لا يصلح كذلك مهرا ٠ ومثاله : الخمر والخنزير ٠

وكون المال معلوما علما تنتفى معه الجهالة وذلك بان يكون معينا مشارا اليه لأنه **بالاشارة تنتفى الجهالة** ٠ اما ان لم يكن مشارا اليه فان كان معلوم الجنس والنوع والقدر والصفة صحت التسمية لانتفاء الجهالة ٠ وان كان المسمى معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة والقدر كما لو تزوجها على فرس او جمل فان التسمية تصح ويكون لها الوسط ٠ والزوج بالخيار ان شاء اعطاها الوسط وان شاء اعطاها قيمته وذلك عند الحنفية ٠ ومثل ذلك ان يكون المهر معلوم الجنس والنوع والقدر مجهول الصفة ان كان مما يحتاج في تعيينه لبيان المقدار كأن يتزوجها على قنطار من القطن ٠ اما اذا كان مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة كأن يتزوجها على حيوان فان التسمية هنا لا تصح وكذلك اذا تزوجها على دار او ثوب لان الجهالة هنا فاحشة وتثير النزاع بين الطرفين ٠ والجهالة اليسيرة لا تضر لان المكارمة تجرى في المهور وعلى ذلك فالجهالة اذا كانت يسيرة فانها لا تؤدى الى النزاع في المهر بخلاف البيع مثلا ٠ وهذا هو مذهب ابى حنيفة ومالك واحمد ٠ ولكن عند الشافعى لا تصح التسمية حتى في الجهالة غير الفاحشة وهى جهالة الوصف[١] ٠

---

(١) البدائع جزء / ٢ ص ٢٨٢ وما بعدها ٠ بداية المجتهد جـ/٢ ص ١٦ وما بعدها ، ومما جاء فيه قوله : كل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا يصلح صداقا ٠

=

ويلاحظ ان المسمى اذا لم يكن يصلح مهرا فان العقد صحيح رغم ذلك ما دام استجمع شرائطه ، ويكون الواجب في هذه الحالة هو مهر المثل .

١٥٧ - تعجيل المهر وتأخيره :

المهر ليس شرطا من شروط النكاح بل هو أثر من آثاره وعلى ذلك فلا يجب على الزوج ان يدفع لزوجته كل المهر ولا جزءا منه عند العقد أو قبل

= واختلفوا في أماكن منها : النكاح بالاجارة .

النكاح على الاجارة في المذهب فيه ثلاثة أقوال :

قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة .

والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة وسبب الاختلاف : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس :

فمن قال هو لازم أجازه لآية (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على ان تأجرنى ثمانى حجج) ومن قال ليس بلازم قال : لا يجوز النكاح بالاجارة .

والسبب الثانى : هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك أن الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية . وذلك أن أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر .

وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين الموصوف أعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف .

واختلفوا في العوض غير الموصوف ولا المعين مثل أن يقول انكحتكها على عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته :

فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز .

واذا أوقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى .

وقال ابو حنيفة يجبر على القيمة .

وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر من ذلك المكارمة . فمن قال يجرى في التشاح مجرى البيع قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح .

ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز .

الدخول بل ان الامر مرده اتفاق الطرفين فقد يتفقان على تأجيله كله او بعضه لأجل معلوم كيوم أو شهر أو سنة ، وقد يتفقان على تأجيله كله أو بعضه لاجل غير معلوم كاقرب الاجلين : الطلاق او الموت ٠ بل قد يتفقان على تقسيطه لآجال معينة ٠ فاذا كان شيء من ذلك عمل باتفاقهما لان الاتفاق شريعة المتعاقدين وان لم يوجد اتفاق بشأن وقت الدفع فان المعتبر هنا عند ابى حنيفة واصحابه هو العرف ، فان كان المتعارف تعجيل كل المهر عجل وان كان المتعارف تعجيل جزء وتأجيل جزء عمل بمقتضي هذا العرف ٠ واساس ذلك ان العرف يقوم مقام الشرط ٠ وقال بعض الفقهاء انه اذا لم يكن هناك اتفاق على التعجيل أو التأجيل فالأصل هو التعجيل لأن المهر حكم للعقد وأحكام العقد لا تتراخى فوجب تعجيله بمجرد تمام عقد الزواج ما دام انه لم يوجد شرط في التعجيل يؤخر المهر ٠

المطلب الثالث

انواع المهر

١٥٨ ـ المهر قد يسمى في العقد ، وقد يكون مهر المثل وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من اسرة ابيها كاختها وعمتها ، ولا اعتبار بمهر امها الا ان تكون من اسرة ابيها ٠ ويشترط في مهر المثل تساوى الزوجة ومن تقاس عليها من اسرة ابيها وقت العقد في امور منها السن والجمال والعقل والعلم والادب والبكارة والثيوبة وعدم الولد والبلد ٠ فالمهر يختلف باختلاف هذه الامور ويكفى في التماثل ان يكون هناك تقارب بين المرأتين في هذه الصفات ٠ واذا لم توجد امرأة من اسرة اب الزوجة تقاربها في هذه الصفات اعتبر المهر بمثل مهر امرأة من اسرة كأسرة ابيها منزلة ما دامت تقاربها في الصفات المذكورة ٠ ويلاحظ انه يعتبر في مهر المثل حال الزوج نفسه فيكون مثل ازواج امثال الزوجة من اسرتها ، لان اختلاف حال الزوج له اعتبار في حط المهر أو زيادته ٠

١٥٩ ـ لمن يكون الحق في المهر :

يكون في المهر حال الابتداء حقوق ثلاثة : حق الله تعالى ، وحق الزوجة، وحق اوليائها ٠ اما حق الشرع فهو الا يقل عن عشرة دراهم أو قيمتها وذلك

عنه الحنفية الذين يجعلون للمهر حداً أدنى هو عشرة دراهم . واما حق الزوجة وحق اوليائها فهو في الا يقل مهر الزوجة عن مهر مثلها .

واما بعد الابتداء فان الحق في المهر يكون للزوجة ليس غير لأن المهر وهو في ذمة الزوج حق لها لا يشاركها فيه احد وينبنى على ذلك انها تتصرف فيه كيف شاءت بلا معقب عليها ما دامت بالغة رشيدة ، فلها ان تهبه للزوج واذا لم تكن قبضته فلها ان تبرئه منه كأى حق آخر ولا يكون لاحد سلطان عليها في ذلك .

١٦٠ ـ ما يجب من أنواع المهر :

قد يكون الواجب من المهر هو المسمى في العقد وقد يكون الواجب هو الحد الأدنى للمهر وهو عشرة دراهم ، وقد يكون الواجب هو مهر المثل وقد يكون الواجب هو الاقل من المسمى ومهر المثل . وفيما يلى نتكلم فى كل حالة من هذه الحالات .

١٦١ ـ وجوب المهر المسمى :

المهر المسمى يجب اذا سمى في العقد أو بعده تسمية صحيحة وكان مالا متقوما ليست به جهالة فاحشة ، وكان عشرة دراهم فما فوقها عند الحنفية ، أو بلغ النصاب المقرر عند غيرهم كما مر ذكره ، ويستوى ايضا ان يكون منقولا أو عقارا أو منفعة كما ذكرنا .

واذا زوجت الكبيرة البالغة نفسها من كفء وكان المهر أقل من مهر مثلها ولم يرض بذلك الولى العاصب فان له طلب اكمال المهر لمهر المثل أو يفسخ النكاح .

١٦٢ ـ وقد حكم بأن دعوى طلب المسمى من المهر تندفع بأنه أقل منه في السر (١) . وعلى هذا فاذا سمى مهر في العقد ، وادعى الزوج بأن حقيقة

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ، ١١/٤/١٩٣٢ ، المحاماة الشرعية ، س / ٤ ص ٦٢٨ رقم ٢٠٢ .

المهر أقل من المسمى فان المحكمة تحقق الأمر ، وتعتمد فيما يتعلق بقدر المهر ما يسفر عنه بحثها وتحقيقها ٠

١٦٣ - متى يجب أقل المهر :

قلنا ان الحد الادنى للمهر عند الحنفية هو عشرة دراهم ، فاذا اتفق الزوجان على ان المهر عشرة دراهم فان هذا المهر يجب لان الذى سمى هنا يصلح مهرا ٠

واذا كان المسمى أقل من عشرة دراهم فان الذى يجب هو العشرة لا ما سمى ٠ وقال زفر ان الذى يجب هنا هو مهر المثل لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كأنه لم يسم مهرا أو سمي مالا يصلح مهرا وهو اذا لم يسم مهرا أوسمى مالا يصلح مهرا فالواجب مهر المثل ٠ وقد رد اصحاب الرأى القائل بوجوب العشرة فقط عند نقص المسمى عن العشرة **بأن الفساد انما كان لحق الشارع** ، فحق الشارع في الا يقل المهر عن عشرة دراهم ، فاذا قل عنها فالواجب اكماله لها قضاء لحق الشرع ، وهي قد رضيت بما دون العشرة فتكون راضية بالعشرة ولا معنى للزيادة عن العشرة ولان العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله كالطلاق والعفو عن القصاص فهو لو طلقها نصف تطليقة فانه ينفذ وكذا اذا عفا عن نصف القصاص ، وهذا كله بخلاف ما اذا لم يسم شيئا أو سمى ما ليس بمال حيث يجب فيه مهر المثل لعدم رضاها بالقليل ٠

هذا ويلاحظ ان وجوب الحد الادنى من المهر فيما تقدم بيانه محله الا يكون للزوجة ولى عاصب أو يكون لها ويرضي به اما اذا لم يرض هو بذلك فله الاعتراض وطلب مهر المثل فاذا اكمل المهر لمهر المثل فيها والا طلب فسخ العقد ٠

١٦٤ - متى يجب مهر المثل :

يجب مهر المثل في مذهب ابى حنيفة في ثلاثة احوال :

١) اذا لم يسم مهر في العقد اصلا ، والمرأة هنا تسمى المفوضة لانها فوضت امرها بالنسبة للمهر الى الزوج ولها أن تطالب زوجها بعد العقد وقبل

الدخول بها ان يفرض لها مهـرا فان لـم يفعل أو فرض ما لـم ترض به فلهـا رفع امرها الى القاضي وهو يأمر الزوج بفرض مهـر لها فان لـم يفعل حكم لهـا القاضي بمهر مثلها ٠ واما اذا لم تطالب المرأة بمهر لها حتى دخل بها أو مات احـدهما عن الآخر فالواجب هنا مهر المثل ٠

٢) اذا كانت هناك تسـمية ولكنها فاسـدة كأن **يسمى مهرا ما ليس بمـال** أو ما ليس بمتقـوم أو ما كانت به جهالة فاحشة لان **التسمية هنا تعتبر كعدمها** ويجب مهر المثل ايضا اذا كان هناك مهر مسمى دون مهر المثـل ولـم يرض الولى فله طلب اكمال المهر لمهر المثل أو يفسخ النكاح ٠

٣) اذا نفى المهر في العقد فان هذا الاتفاق باطل لا يعمل به لان المهـر من احكام النكاح وهو من حق الشـارع فليس لهما منع وجوبه وأن كان لهـا أن تبرىء الزوج منه بعد وجوبه لانه حينئذ خالص حقها اما قبل ذلك فـان اشتراط عـدم المهر فاسـد فيلغو ويصح العقد ويجب المهر ، ويكون الواجب مهـر المثل لانعـدام التسـمية ٠

والذى يدل ايضا على وجوب مهر المثل عند عدم التسمية أو الاتفـاق على عدمها قضاء عبد الله بن مسـعود لـمن مات عنهـا زوجهـا دون ان يسـم لهـا مهـرا بمهر مثلهـا بلا وكس ولا شطط ذلك القضاء الذى وافق قضـاء الرسـول ﷺ على ما مر (١) ٠

١٦٥ ـ وجوب الاقل من المسمى ومهر المثل :

قلنا قبل ذلك ان العقد الفاسـد لا يجب به شيء من اثـار العقـد لانه غير معتبر شرعا ٠ ولكن اذا حصـل **الدخول** في العقد الفاسـد فان مهـر المثل يجب بالدخول لا بالعقد نفسـه وذلك بشرط الا يزيد عن المهـر المسمي في

---

(١) وقال الشافعي : لا يجب بنفس العقد شيء من غير تسـمية ، وكـذا بالدخول عند بعضهم لان المهـر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتـداء كما تتمكن من اسقاطه انتهـاء يعني بعد التسـمية (الزيلعي والشلبي جزء / ٢ ص ١٣٩ و ١٤٠) ٠

العقـد ، فان زاد عن المسمي تسمية صحيحة في العقد فان الواجب هو المسمى لا مهـر المثل · والواجب هنا اصلا هو مهـر المثل لكنهـا رضيت بالمسمى وهو دون مهـر المثل · فتـكون قد أسقطت بعض حقها وهى رشـيدة فتؤخذ بذلك ، وهذا هو مذهب ابى حنيفة والصاحبين · وقال زفر ان الذى يجب هو مهـر المثل بالغـا ما بلغ لان العقـد الفاسـد لا تترتب عليه آثار وهـذا يستتبع فسـاد التسمية في العقد فلا ينظر اليهـا ويجب مهر المثل على كل حال ·

المطلب الرابـع

حكم الزيادة فى المهـر والحط منـه

١٦٦ - الزيادة في المهر ان يضاف اليه شيء سـواء كان هذا الشيء من جنسـه أو لـم يكن ، والحط من المهـر المراد منه اسقاطه كله أو اسـقاط بعضـه ·

والزوج اذا كان بالغا رشـيدا له ان يزيد في المهـر المسمى بعـد العقـد لان الله تعالى يقول : « ولا جناح عليكم فيمـا تراضيتم به من بعد الفريضة »(١) ولان البالغ الرشـيد حـر التصرف في امـواله بلا معقـب عليـه · وهـذه الزيادة تلتحق بالمهـر المسمى في العقد ويسرى عليها اغلب احكامه · فالزوجـة لهـا ان تطالبه بهذه الزيادة كما تطلب المهـر وهذه الزيادة تتأكد بمـا يتأكد به المهـر · لكن تخالفه في انهـا لا تتنصف بما يتنصف به المهـر المسـمى على ما سـيأتي :

ويشترط في هذه الزيادة لكى تلحق بالمهر شروط هى :

١) ان يكون الزوج بالغا عاقلا رشـيدا لان الزيادة في المهـر تبرع فلا تكون الا ممن يملك التبرع ·

٢) وان تكون معروفة القـدر وعلى ذلك فلو قال : زدتك في مهرك ، ولـم يعين لـم تصح الزيـادة لانهـا تكون مجهولة ·

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٢٤ ·

٣) وان تكون الزوجية قائمة وقت هذه الزيادة ولو حكما (وهـــذا في الطلاق الرجعى) فلو كانت الزيادة بعد انقضاء العـدة في الطلاق الرجعى أو في الطلاق البائن ولـو لـم تنقض العـدة أو بعد وفاة الزوجة فان الصحيح ان الزيادة في المهـر لا تصـح · وانما كان ذلك لان الزيادة تلحق بالمهـر المسـمى في أكثر احكامه فهى تستند لاصل العقد فيجب لكى تصـح ان يكون العقـد قائما ، وهو لا يكون كذلك اذا انقضت العـدة في الطلاق الرجعى أو كان هناك طلاق بائن أو كانت هناك وفاة ·

٤) ان تقبل الزوجة هذه الزيادة لانها هبـة فلابد فيهـا من القبول اذ لا يعقل دخول الموهوب في ملك الموهوب له بلا قبـوله ·

١٦٧ ـ والزوجة لها ايضا حط مهرها كله أو بعضـه لان المهر بعد عقد الزواج خالص حقها فلهـا فيه مطلق التصرف · ويشـترط هنـا كذلك في الحط :

١) ان تكون الزوجة بالغة عاقلة رشـيدة لان حط المهـر أو بعضـه ليس الا تبرعا فتجب فيه اهلية التبرع ·

٢) اذا كان المهـر دينـا اى مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمكيلات والموزونات فان الواجب هنا الا يرد الزوج حط المهـر كله أو بعضه ولا يشـترط قبوله لان الحط ابـراء وهو ينعقد بارادة واحـدة فلا حاجة فيه للقبول · لكن اشتراط عدم الرد سببه ان البعض لا يتحمل منه الابـراء من دين عليه لا سيما اذا كان هذا الدين هو المهـر · اما اذا كان المهـر عينا تتعين بالتعيين ولا تكون دينا في الذمة كأن يكون ارضـا محـددة أو بيتا محـددا معروفا فلا يصير حطـه لان الحق في الاعيـان المعينة بالتعيين يتعلق بها وعلى من تكون هذه الاعيـان في يده ان يسـلمها · وعلى ذلك فاذا كان المهـر المعين قائما في يـد الزوج فلهـا اخـذه منـه ·

والزوجة ان ارادت ترك حقها في المهـر المعين بالتعيين فهى تملك ان تهبه للزوج · والقبـول هنا واجب لان الهبـة لابد فيهـا من توافق ارادتين فـلا يجزىء عدم الـرد ·

١٦٨ - واذا كان الزوج صغيرا أو ملحقابه في الحكم فقد نص فقهاء الحنفية على ان الولي اذا كان هو الاب أو الجد أو الابن ولم يعرف **بسوء الاختيار فله الزيادة** بعد العقد في المهر المسمى في العقد لان كلا من هؤلاء لوفور شفقته على من هو في ولايته لا يزيد في المهر المسمى بعد العقد الا لمصلحة تفوق هذه الزيادة أو تساويها على الأقل ٠ وليس هذا لغير المذكورين من الاولياء ٠ ولكن هؤلاء الفقهاء لم يجيزوا ان يحط الولي ولو كان هو الأب أو الابن غير المعروف بسوء الاختيار من المهر المسمى في **العقد لمن هي في ولايته الاجبارية** وانما كانت هذه التفرقة في الحكم بين الحالتين لان العرف جار على تقديم الهدايا من قبل الزوج واوليائه للزوجة والزيادة في المهر من قبيل هذه الهدايا فتجوز تبعا ، ولكن لم يجر العرف بان تقدم الزوجة واولياؤها الهدايا للزوج فلا يتحد الحكم فضلا عن ان الحط من المهر أمر تعير به الزوجة والاولياء عرفا ٠

والزيادة في المهر والحط منه يعتبر تبرعا وعلى ذلك فاذا حصل في مرض الموت تسرى عليه احكام الوصية فيكون نافذا ان جوزته هذه الاحكام ، وغير نافذ ان لم تجوزه ٠

المطلب الخامس

ما يتأكد به كل المهر

١٦٩ - المهر قد يجب وجوبا مستقرا بمعنى الا يكون محتملا السقوط كله أو بعضه ٠ ومن ذلك ان يكون وجوبه بالدخول في النكاح الفاسد لأن سبب وجوب المهر فيه هو الدخول لا نفس العقد ٠ والدخول سبب تأكد المهر فما دام انه قد حصل فان المهر يجب ويتأكد ولا يكون هناك مجال لسقوطه بمسقط ما الا ان يكون ذلك بالاداء او الابراء ٠

اما الزواج الصحيح ففيه يجب المهر بالعقد فسبب وجوبه هو العقد فيكون في ذمة الزوج بالعقد لكن هذا لا يمنع من سقوط بعضه او كله بغير اداء ولا ابراء ما دام انه لم يوجد ما يؤكده ، فقد يسقط نصفه اذا حصل الطلاق

قبل الدخول ، وقد يسقط كله اذا حصلت فرقة بسبب الزوجة قبل الدخول · لكن اذا حصل ما يؤكد المهر في النكاح الصحيح فانه لا يكون معرضا للسقوط كلا ولا بعضا الا بالاداء او الابراء · ومؤكدات المهر الواجب بالعقد في الزواج الصحيح ثلاثة هى :

١) الدخول الحقيقى ·

٢) الخلوة الصحيحة ويعبر عنها بالدخول الحكمى ·

٣) موت احد الزوجين قبل الدخول او الخلوة ·

وفيما يلى نتكلم عن كل من هذه المؤكدات :

أولا :

١٧٠ ـ الدخول الحقيقى :

الدخول الحقيقى مؤكد للمهر باتفاق جميع الفقهاء وذلك لأن المهر ثبت حقا للزوجة بالعقد والادلة الشرعية على سقوط المهر كله او بعضه قيدت السقوط بحصولها قبل الدخول ، ومن ذلك سقوط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فاذا حصل دخول فقد امتنع سقوط المهر فيتأكد وفضلا عن ذلك فان في الدخول استيفاء للمعقود عليه وهذا يقرر البدل ولأن المهر يتأكد بتسليم المبدل من غير استيفائه فلان يتأكد بالتسليم مع الاستيفاء اولى والدخول قد حصل به الاستيفاء وهو استمتاع الزوج بزوجته · واخيرا فان الدخول بشبهة في النكاح الفاسد يوجب مهر المثل غير قابل للسقوط فاولى ان يتأكد المهر في النكاح الصحيح فلا يكون قابلا للسقوط ·

١٧١ ـ وقد حكم بأن القول قول الزوج بيمينه في دعوى الدخول وعدمه ، ولا يحلف الا بطلب الزوجة · وبأن البينة على الدخول بينة الزوجة ، فاذا قالت ان البينة بينته كان هذا اقرارا منها بأن لا بينة لها تعامل به كما لو كلفت بالاثبات فعجزت عنه[١] ·

---

(١) محكمة الأزبكية الشرعية ١٩٢٩/٥/٤ المحاماة الشرعية س / ٢ ع/٤ ص ٣٨٢ رقم ٤٣ ·

وبأنه يصلح لتأييد أدلة المدعية على حصول الدخول ما يكون من مدلول محررات المدعى عليه اليها قبل الزواج[١] ٠

ثانيا - الخلوة الصحيحة :

١٧٢ - الخلوة الصحيحة التى تقوم مقام الدخول ويتأكد بها المهر بتمامه في الزواج الصحيح هى ان يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح منفردين في مكان آمنين من دخول الغير عليهما بدون اذن ولم يكن هناك مانع حقيقى أو شرعى أو طبعى يمنعهما من الوطء ٠

فاذا اجتمع الزوجان مع توافر الشروط المذكورة عدا كون الزواج صحيحا فان الخلوة تكون فاسدة ، فالخلوة في الزواج الفاسد لا يتأكد بها المهر بتمامه ٠

واذا لم يكونا آمنين من دخول الغير عليهما بغير اذن فان الخلوة فاسدة فلا يتأكد بها المهر بتمامه ٠ ومن ذلك حصول الخلوة في المسجد ٠ أو في الطريق أو فى الحمام أو فوق سطح الدار اذا لم يكن فى جوانبه ساتر أو في بستان ليس عليه باب ٠

واذا كان هناك مانع حقيقى يمنع من الوطء فان الخلوة تفسد ومن ذلك أن يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع أو يلحقه به مع وجود المرض ضرر ، وقيل ان هذا التفصيل في مرضها ، واما مرضه فمانع مطلقا لانه لا يخلو من تكسر وفتور ، وقال الزيلعى : ان هذا هو الصحيح ٠ ومن ذلك كون الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع وكون الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع ٠ وكذا وجود عيب فيها يمنع الجماع ٠

والمانع الطبعى لا تكون معه الخلوة صحيحة بان يكون معهما ثالث لان الطبع يمنع الدخول مع وجوده ويستوى ان يكون الشخص الثالث بصيرا

---

(١) محكمة السيدة الشرعية في ١٦/٤/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢٥٥ ص ٧٩٩ ٠ وتأيد في الاستئناف ٠

أو اعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لان الاعمي يحس والنائم يستيقظ أو يتناوم ٠ وان كان صغيرا لا يعقل أو مجنونا أو مغمى عليه لا يمنع صحة الخلوة وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان ٠

وقد يكون المانع من صحة الخلوة شرعيا بان يكون احد الزوجين في حال تمنعه شرعا من الدخول ٠ ومن ذلك ان تكون الزوجة حائضا أو نفساء او يكون احدهما صائما صوم رمضان وذلك بالاجماع لما يلزمهما بالجماع من الكفارة والقضاء ، ومن الموانع الشرعية ايضا الاحرام بحج فرض او نفل او عمرة ٠

١٧٣ ـ وقد حكم بأن الخلوة الصحيحة تتحقق شرعا باجتماع الزوجين في مكان واحد وهما آمنان من اطلاع غيرهما عليهما ولو كانا في حجرة وبابها لم يغلق(١) ٠

١٧٤ ـ وتجب العدة في الخلوة سواء كانت صحيحة او لم تكن صحيحة استحسانا لتوهم الحمل نظرا الى التمكن الحقيقى ولان العدة حق الشرع والولد فلا يصدقان في ابطال حق الغير بخلاف المهر حيث لا يجب الا اذا صحت الخلوة لانه مال يحتاط في ايجابه ٠ وذكر القدورى في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالصغر والمرض لا تجب لانعدام التمكن حقيقة فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الحمل ٠

١٧٥ ـ وقد حكم بأنه تترتب على الخلوة آثارها ولو كانت فاسدة(٢) ٠

---

(١) محكمة طنطا الجزئية الشرعية فى ١٩٣١/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س/٣ ع/٤ رقم ٩٣ ص ٣٦٦ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٢) محكمة شبين الكوم الشرعية في ١٩٣٣/٥/١١ المحاماة الشرعية س/٥ ع ٩ ، ١٠ رقم ٢٥٧ ص ٩٢٧ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

١٧٦ ـ الأحكام التي تشارك فيها الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي :

تشارك الخلوة الصحيحة الدخول في الاحكام الاتية :

١ ـ تأكد المهر الواجب بالعقد بكماله وهذا عند الحنفية ٠

وقال الشافعي ان المهر لا يتأكد بالخلوة الصحيحة فلو طلقها بعدها وقبل الدخول في نكاح سمى فيه المهر فان الواجب عليه عنده نصف المهر لا كله ٠ وان لم يكن في النكاح تسمية فعليه المتعة عنده ٠

وقد احتج الشافعي بحجج منها قوله تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، فقد فسر **المس** في الآية **بالجماع** وعلى ذلك فلا فرق بين حال وجود الخلوة وعدمها ٠ وكذلك قوله تعالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن » والمعنى ما لم تمسوهن ولم تفرضوا لهن فريضة فتجب المتعه وعلى ذلك فهى تجب في نكاح لا تسمية فيه مطلقا من غير فصل بين حال وجود الخلوة وعدمها ٠ وكذلك قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن » وقد دلت هذه الآية على نفى وجوب العدة ووجوب المتعة قبل الدخول من غير فصل ٠

وقد استدل الحنفية بقوله تعالى : « وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا ٠ **وكيف تأخذونه وقد افضي بعضكم الى بعض** » وقد فسروا الافضاء بالخلوة الصحيحة لان الافضاء مأخوذ من الارض وهو الموضع الذى لا نبات فيه ولا بناء فيه ولا حاجز يمنع عن ادراك ما فيه فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه وهى التى لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع عملا بمقتضي اللفظ فظاهر النص يقتضي الا يسقط شيء من المهر بالطلاق ٠ وفضلا عن ذلك فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : « من كشف خمار امرأته ونظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم

يدخل » . وروى عن زرارة بن ابى اوفي انه قال : قضي الخلفاء الراشدون المهديون انه اذا ارخى الستور واغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة دخل بها اولم يدخل بها .

٢ - وجوب العدة على الزوجة بعد الفرقة . وهذا عند الحنفية وخالفهم في ذلك أيضا الشافعى فلم يوجب العدة اذا حصلت الفرقة بعد الخلوة وقبل الدخول وقد سقنا حجج الطرفين في الكلام عن أثر الخلوة في تأكد المهر فلا نعود للكلام فيها .

ويترتب على ثبوت العدة بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة ان نفقة العدة تجب للمطلقة حال العدة ويحرم الجمع بين المطلقة ومحرم لها حال العدة لأن الجمع بينها ومحرم لها كعمتها أو خالتها أو اختها غير جائز فى النكاح وفى العدة . ويحرم كذلك الزواج بخامسة وهى في العدة ان كان المطلق معددا وكانت المطلقة مكملة للاربع زوجات .

٣ - والخلوة الصحيحة أيضا كالدخول من حيث ثبوت نسب الولد من الزوج ما دامت قد توافرت شروط ثبوت نسبه منه . ويلاحظ هنا ان ثبوت النسب يعتبر من احكام الزواج الصحيح وليس من احكام الخلوة الصحيحة .

١٧٧ - الاحكام التى تختلف فيها الخلوة عن الدخول :

تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول في حق الاحكام الآتية :

الاحصان : حد الزنى للمحصن من رجل او امرأة هو الرجم وحد غير المحصن هو الجلد مائة جلدة . والاحصان المقصود في حد الزنى يكون بالزواج مع الدخول الحقيقى . اما الخلوة الصحيحة فلا يتحقق بها شرط الاحصان في حد الزنى . وعلى ذلك فمن زنى بعد الدخول بزوجته كان حده الرجم ، ومن زنى بعد الخلوة الصحيحة وقبل الدخول ، ولم يكن دخل بامرأة اخرى في زواج صحيح قبل ذلك فان حده الجلد مائة .

حرمة البنات : الدخول بالامهات يحرم البنات على ما بينا في الكلام عن المحرمات ، وعلى ذلك فاذا دخل بزوجته ثم ماتت او طلقها وانقضت عدتها فلا يحل له ان يتزوج من احدى فروعها بخلاف ما اذا كان قد اختلى خلوة صحيحة فقط فانه حينئذ يجوز له ان يتزوج من فرع لها لان الذى يحرم البنات هو الدخول بالامهات لا الخلوة الصحيحة بهن .

حلها للزوج الأول : المطلقة طلقة مكملة للثلاث لا تحل لمن طلقها الا بعد ان تتزوج زوجا غيره ويدخل بها الثانى دخولا حقيقيا . اما اذا طلقها الثانى وانقضت عدتها منه او مات عنها ولم يكن دخل بها دخولا حقيقيا بل اختلى بها خلوة صحيحة فقط فانها لا تحل للاول بهذا .

الرجعة : الطلاق بعد الدخول قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا ، وهو اذا كان رجعيا فان المطلق له مراجعة زوجته بدون عقد ومهر جديدين ولو لم ترض هى ما دامت فى العدة . ولكن اذا كان الطلاق بعد الخلوة فلا يكون الا بائنا وعلى ذلك فليس له مراجعتها حتى ولو كانت في العدة[١] .

الميراث : فمن طلق زوجته بعد الخلوة الصحيحة ومات احدهما وهى في العدة فانه لا توارث بينهما بسبب الزوجية لانها انقطعت بالطلاق البائن . واذا طلقها بعد الدخول بها طلاقا رجعيا ومات احدهما وهى في العدة ورثه الاخر بالزوجية لانها باقية بعد الطلاق الرجعى ما دامت في العدة فيكون حكم موت احدهما وهى في العدة من طلاق رجعى كحكم موت احدهما قبل حصول اية فرقة بينهما .

ثالثا :

١٧٨ - المـوت :

قلنا ان مؤكدات وجوب المهر بتمامه على الزوج ثلاثة هى الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين قبل الدخول او الخلوة . وقد تكلمنا

---

(١) ولم تقم الخلوة الصحيحة كذلك مقام الوطء ايضا في امر آخر متعلق بالرجعة وهو ان المطلق رجعيا اذا اختلى بمطلقته لا يصير مراجعا بخلاف ما لو دخل بها فان الدخول بها يعتبر رجعة (الزيلعى والشلبي على هامشه جزء/٢ ص ١٤٤) .

عن الدخول الحقيقى والخلوة الصحيحة ٠ والان نتكلم عن اثر موت احد الزوجين في تأكد المهـر بتمامه ٠

لا خلاف في ان احد الزوجين لو مات قبل الدخول فان المهر الواجب بالعقد يتأكد فلا يسـقط الا بالاداء او الابراء والسبب ان المهر كان واجبا بالعقـد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى نهايته لانه عقد للعمر فتنتهى نهـايته عند انتهاء العمـر واذا انتهى فانه يتأكد فيمـا مضي ويتقرر ولان كل المهـر لما وجب بنفس العقد فقـد صار دينا عليه والموت لا يسقط الدين شرعا فلا يسقط شيء منه بالموت كسائر الديون ٠

وكذا اذا قتل احدهمـا سـواء قتله أجنبى أو قتل الزوج زوجته أو قتل الزوج نفسه اما اذا قتلت المرأة نفسـها فلا يسقط عن الزوج شيء من المهـر عند ابى حنيفة وصـاحبيه ٠ لكن عند زفر والشـافعى ومالك ان المهـر هنـا يسـقط لانها بالقتل فوتت على الزوج حقه في المبدل فيسقط حقها في البدل ٠ ولكن ابا حنيفة والصاحبين سندهما في تأكد المهر حتى بقتل الزوجة نفسـها ان القتل انما يصير تفويتا للحق عند زهوق الروح لانه انمـا يصير قتلا في حق المحل عنـد ذلك والمهر في تلك الحالة ملك للورثة فلا يحتمل السـقوط بفعلها ٠

واذا قتلت الزوجة زوجها فابو حنيفة والصاحبان ايضا على ان مهرهـا يتأكد بذلك لان الذى يسـقط المهـر هو الفرقة التى تحصل بين الزوجين وهمـا على قيد الحياة وقد امتنع ذلك المسقط فيتأكد المهـر ولذلك كان الموت مهمـا كانت طريقته مؤكدا للمهـر عند الحنفية ٠ وعند زفر والائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ان قتل الزوجة زوجها قبل الدخول مسقط للمهـر كله لان القتل هنا جناية ولم تعهد الجنايات مؤكدة للحقوق ولانهـا تحرم من الميـراث فحرمانها من المهـر اولى ٠ والذى عليه زفر والائمة الثلاثة اقرب للعـدل ممـا عليه ائمة الحنفية لانه لايستساغ ان تنهى الحياة الزوجية بقتل زوجها ثم تتمتع باثر من آثارها (١) ٠

---

(١) يخلص مما في الصلب ان مؤكدات المهـر في النكاح الصحيح هى ثلاثة عند الحنفية وهى الدخول والخلوة الصحيحة وموت احد الزوجين قبل الدخول=

المطلب السادس

متى يسقط نصف المهر

١٧٩ - اذا كان عقد **الزواج صحيحا** وكان **المهر مسمى** في العقد ووقعت الفرقة بين الزوجين قبل **الدخول حقيقة أو حكما وكانت من جانب الزوج** فان الزوجة تستحق نصف المهر المسمى . ودليل ذلك قوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا ان يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح ، وان تعفوا اقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير » (١) فالآية صريحة في وجوب نصف المهر للزوجة بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما ما دام قد سمى المهر وقت العقد فاذا لم تكن هناك تسمية وقت العقد فان الذى يجب هو مهر المثل ومهر المثل لا ينصف . والحقت بالطلاق في حكم تنصيف المهر كل فرقة من جانب الزوج قبل الدخول ، سواء اكانت هذه الفرقة **معتبرة طلاقا أو فسخا** ومن الفرقة المعتبرة فسخاالفرقة **بسبب اباء الزوج غير المسلم الاسلام** بعد ان اسلمت زوجته . واستثنى من حكم تنصيف المهر المسمى في العقد ان تكون الفرقة بسبب خيار البلوغ ، فاذا كان للزوج هذا

= والامام أحمد يتفق مع الحنفية في هذه المؤكدات ويزيد عليهم اعتباره مقدمات الدخول كالنظر بشهوة أو التقبيل أو اللمس بشهوة من مؤكدات المهر ولو حصل ذلك في غير خلوة أو كان بحضرة الناس لان هذا فيه استيفاء لبعض أحكام النكاح . والامام الشافعى كما قلنا في الصلب لا يعتبر الخلوة الصحيحة مؤكدة للمهر والذى يؤكده عنده هو الدخول الحقيقى والموت فقط . والامام مالك كالامام الشافعى ولكنه يرى ان من مؤكدات المهر انتقال الزوجة إلى منزل الزوجية واقامتها فيه سنة بلا دخول حقيقى مع تهيؤ كل اسبابه فكأن المالكية اعتبروا الخلوة من مؤكدات المهر بشرط البقاء سنة لانها بذلك تكون قد قامت بكل حقوق الزوجية من جانبها فاستحقت كامل المهر . (محمد أبو زهرة فقرة ١٥٨ ص ١٨٨ ، ١٨٩) .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٣٧ .

الخيار فاختار نفسه بالبلوغ قبل الدخول أو الخلوة وحكم بالفرقة بناء على طلبه فان الزوجة هنا لا تستحق شيئا من مهرها المسمى لان هذه الفرقة فسخ للعقد من كل وجه فيعتبر كانه لم يكن بالمرة ٠

١٨٠ ـ والذى يتنصف هو المهر المفروض في العقد اما ما فرض بعد العقد فلا يرد عليه التنصيف ٠ فاذا تزوجها ولم يسم لها مهرا أو نفاه ثم تراضيا على التسمية وسمى لها بعد العقد وبعد ذلك طلقها قبل الدخول أو الخلوة فان المهر الذى سمى بعد العقد لا يتنصف بل تجب المتعة على ما سيأتى ٠ وهذا هو رأى ابى حنيفة ومحمد ورأى ابى يوسف في قوله الأخير ٠ وكان ابو يوسف في قوله الاول ، وهو ايضا رأى الشافعى ومالك ، يقول بتنصيف المفروض بعد العقد وذلك لان ما فرض بعد العقد يدخل في اطلاق النص : « فنصف ما فرضتم » ٠ وحجة الرأى الاول ان هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والدليل على انه تعيين لما وجب بالعقد ان مهر المثل يسقط بالدخول عليها والموت عنها ويجب هذا المسمى وهو المفروض بعد العقد ولولا انه تعيين له لوجب معه كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها تجب الزيادة مع المسمى فيجبان جميعا اذا دخل بها او مات عنها ٠ **والمراد بعبارة « ما فرضتم » في الآية الفرض الموجود عند العقد وهو المتعارف بين الناس ٠**

١٨١ ـ وما زيد بعد العقد من المهر المسمى بالعقد فانه يتنصف عند ابى يوسف لأن هذه الزيادة عنده تلحق بالمهر المسمى فتسرى عليها أحكامه، وعند أبى حنيفة ومحمد لاتنصف هذه الزيادة لأن الذى يتنصف هو المسمى وقت العقد فقط ٠ وعلى ذلك فاذا كان المهر المسمى في العقد خمسمائة ثم زاده الزوج بعد العقد مائة اخرى وبعد ذلك طلقها ولم يكن حصل دخول أو خلوة صحيحة ٠ فان الذى يجب للزوجة هو نصف المهر المسمى وهذا النصف هو مائتان وخمسون اما الزيادة فتسقط كلها بالفرقة ولا تستحق الزوجة منها شيئا ٠ ومالك يتفق مع ابى حنيفة ومحمد في عدم تنصيف الزيادة مع وجوبها بالدخول والموت ٠ اما الشافعى فانه يقول ان الزيادة بعد العقد ملغاة في كل الاحوال الا ان تكون هبة ٠

١٨٢ ـ متى يعود نصف المهر الى الزوج :

قلنا ان المهر المسمى في العقد يتنصف بالفرقة قبل الدخول أو الخلوة اذا كانت حاصلة من قبل الزوج فلا تستحق الزوجة الا نصف هذا المسمى ، فهل يثبت الملك للزوج في النصف الآخر بمجرد هذه الفرقة من غير تراض أو حكم قاض ام انه يجب لثبوت ملك الزوج في النصف ان يحصل التراضي أو يحكم بذلك القضاء ٠

نفرق في هذه المسألة بين الا تكون الزوجة قد قبضت المهر المسمى وبين ان يكون القبض قد حصل :

١) فان لم يكن القبض قد حصل فان ملكية النصف الذى سقط عن الزوجة تعود للزوج بمجرد الطلاق ، ويستوى في ذلك ان يكون المهر مما يصلح دينا في الذمة كالنقود والمثليات عموما أو ان يكون من القيميات لانه في الحالة الاولى يكون في ذمة الزوج للزوجة فبحصول الطلاق يسقط نصف المهر عنه فلا تكون ذمته مشغولة به فلا يكون للزوجة تبعا ان تطالبه بهذا النصف ، وهو في الحالة الثانية يكون في يده فلا تكون هناك حاجة للقضاء أو الرضاء لكى تعود ملكيته للنصف ٠

٢) ـ واذا كانت الزوجة قد قبضت المهر قبل الفرقة فان الملك لا يعود للزوج في نصف المهر الذى قبض بمجرد الفرقة بل يجب لذلك ان يحصل التراضي أو يحكم القاضي ، وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وفى احدى الروايتين عن ابى يوسف ٠ وقال زفر ان النصف هنا ايضا يعود لملك الزوج من غير حاجة للقضاء ٠ وعلى هذا الرأى ايضا رواية عن ابى يوسف ٠ **وحجتهما ان الطلاق قبل الدخول هو سبب** عودة النصف الى ملك الزوج ، ومتى وجد السبب وجد المسبب حتما ٠

وحجة الاخرين ان المهر يملك بمقتضي العقد ملكا مطلقا فاذا قبض تعينت الملكية في المقبوض والملكية اللازمة الناشئة عن عقد لا تنقض بقول احد

العاقدين فلا بـد في هذه الحالة لعودة ملكية النصف الى الزوج من حصـول التراضي أو قضاء القاضي . ويتفرع على هذا الرأى ان الزوج لو تصرف في النصف الخاص به قبل التراضي أو قضاء القاضي فان تصرفه يكون فيما لا يملك ويوقف على اجازة الزوجة . وان تصرفت فيه هي كان تصرفها نافذا لانها تصرفت فيما تملك .

متى تجب المتعـة :

١٨٣ ـ المتعة لغـة هي ما يتمتع به أى ما ينتفع به انتفاعا قليـلا ينقضي عن قريب . وفي اصطلاح الفقهـاء هي ما توصل به المـرأة بعـد طلاقهـا من ثياب ونحوها .

١٨٤ ـ وتجب المتعة على الزوج اذا طلق زوجته قبـل الدخـول أو الخلوة الصحيحة اذا كان لـم يسم لها مهرا أو سـمى المهـر تسمية غير صحيحة أو اتفقا على عدم المهـر . لان في هذه الحالات جميعا يجب مهـر المثل اذا حصل دخول حقيقى أو حكمى ، وعلى ذلك فالمتعة فيما ليس فيه تسـمية للمهـر تقوم مقـام نصف المهـر فيما فيه تسـمية وهى تجب تعويضـا للمـرأة بسبب مـا لحقهـا من ضرر للفرقة التى جاءت من قبل الزوج دون ان يكون لها دخـل فيهـا ووجوب المتعة هكذا هو رأى جمهور الفقهـاء وقال مالك انهـا مستحبة وليست واجبة ومعه في هذا الرأى الليث وابن ابى ليلى مستدلين بقوله تعـالى : « لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لـم تمسوهن أو تفرضوا لهـن فريضة ومتعوهن على الموسـع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعـروف حقا على المحسنين » ، فقد عبر القرآن بعبارة « **على المحسنين** » والواجب لا يختلف بين المحسن وغيره فدل هذا على انهـا ليست واجبة .

اما الذين يوجبون المتعة فقد استدلوا بان الآية فيها امر بالمتعـة والامر للوجوب كما انه ورد في النص كلمة **حقا** وكلمة **على** وهذا يدل على تأكيـد ان الامر في الاية للوجوب لا للندب ، اما ذكر **المحسنين** فهو للتأكيد كقوله تعـالى :

« انما انت منذر من يخشاها » مع انه منذر للكل لكن لما لم ينتفع به الا من يخشي صار كأنه لم ينذر غيره فكذا فيما نحن فيه · وفضلا عن ذلك فالمتعة بدل عن نصف المهر ونصف المهر واجب الاداء في الحال لقوله تعالى : « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن **وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم** » ، وما يكون بدلا للواجب يكون واجبا ·

١٨٥ ـ اما بالنسبة للمقدار فليس للمتعة مقدار معين لان النص لم يرد به تعيين · لكنها يجب الا تقل عن نصف الحد الادنى للمهر وهو عند الحنفية عشرة دراهم ولا تزيد عن نصف مهر المثل لانها بدل عن هذا النصف وان حصلت زيادة عن نصف مهر المثل كانت الزيادة تبرعا · وما دام انه لم يرد تقدير في المتعة ولا كيفية فالواجب هو المصير في ذلك الى العرف ، ولذا صرح الفقهاء ان المتعة هى الكسوة الكاملة التى تلبسها المرأة عند خروجها حسب عرف بلدها ·

١٨٦ ـ وهل المعتبر في المتعة حال الزوجة أو حال الزوج أو حالهما معا ؟ قيل ان المعتبر في تقدير المتعة حال الزوجة فقط لانها قائمة مقام نصف مهر المثل ومهر المثل يراعى فيه حال قوم الزوجة · وهو قول الكرخى ·

وقيل انه يعتبر في التقدير حال الزوج فقط وقد ذكر صاحب الهداية انه هو الصحيح عملا بنص الآية وهو قوله تعالى : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » ·

وقيل ان المعتبر في التقدير هو حالهما معا · وقد حكى هذا القول صاحب البدائع وفي الآية اشارة اليه وهو قوله تعالى : « بالمعروف » فيكون المشروط في مقدار المتعة شيئين احدهما اعتبارها بيسار الرجل واعساره والثانى أن يكون بالمعروف بعد ان يعتبر حال الرجل فيجب اعتبار المعنيين عند تقدير المتعة · وهذا الرأى هو الأقرب للعدالة لأن اعتبار حال الزوج فقط قد يترتب عليه ظلم الزوجة ان كان هو فقيرا وهى غنية وظلم الزوج ان كان هو غنيا وهى

فقيرة ، والظلم واقع كذلك باحد الطرفين ان اعتبر حال الزوجة فقط (١) ٠

١٨٧ — ومن المهم معرفة ان المتعة لا تجب الا اذا حصلت الفرقة من جهته كالطلاق بكل انواعه ، سواء كان على مال أو لم يكن ، وسواء كان بايقاع الزوج أو القاضي كالتفريق للعيوب أو للضرر أو لعدم الاتفاق لان طلاق القاضي هنا بالنيابة القانونية عن الزوج وهو لرفع الظلم فقد كان الواجب على الزوج هنا ان يطلق ولكنه لم يفعل فقام القاضي مقامه رفعا للظلم ٠ ومن ذلك الفرقة باللعان وابائه عن الاسلام وكذا بردته ومن ذلك كل فرقة اعتبرت فسخا ولم تحتسب من عدد الطلقات ولكن بمعصية الزوج ٠ ومن قبيل ذلك الفرقة بردة الزوج على مذهب ابى حنيفة وابى يوسف ، وكذلك الفرقة بمثل تقبيل الزوج ام الزوجة أو بنتها بشهوة فهذا يوجب حرمة الزوجة عليه على التأبيد ٠

وفي جميع الاحوال المذكورة تجب المتعة عند عدم تسمية المهر في العقد كما يجب نصف المهر عند تسميته(٢) ٠

---

(١) ما ذكر هو المتعة الواجبة وهى تكون لدى الجمهور بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة اذا لم تكن هناك تسمية للمهر أو كانت تسمية غير صحيحة أو كان هناك اتفاق على عدم المهر لان في هذه الحالات جميعا يجب مهر المثل ٠ وعند الشافعى المتعة واجبة في الطلاق بعد الدخول ولو كان لها مهر مسمى وقد احتج بقوله تعالى : « وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين » فقد جعل سبحانه وتعالى للمطلقات متاعا بلام الملك عاما الا انه خصصت منه المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية فبقيت المطلقة قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه والمطلقة بعد الدخول على ظاهر العموم ٠ واما الحنفية فقد قالوا ان المتعة تستحب في الطلاق بعد الدخول والطلاق قبل الدخول في نكاح فيه تسمية ٠ وقد احتجوا بان المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالاجماع فالمطلقة بعد الدخول اولى لان الاولى تستحق بعض المهر والثانية تستحق الكل ، واما الآية الكريمة المذكورة فيحمل ذكر المتاع فيها على الندب والاستحباب وهذا امر مندوب فيه عند الحنفية نظيره الندب الى اداء المهر كاملا في غير المدخول بها ، أو يحمل ذكر المتاع في هذه الآية على النفقة والكسوة حال العدة عملا بكل الدلائل (البدائع جزء / ٢ صفحة ٣٠٣ ، ٣٠٤ — الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٤٠) ٠

(٢) الزيلعى والشلبى ج / ٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ — البدائع ج/٢ ص ٣٠٢، ٣٠٣ ٠

١٨٧ مكررة – وقد صدر في مصر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ، ونص في مادته الأولى على اضافة مواد جديدة الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ منها المادة رقم ١٨ مكررا ونصها :

« الزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية . ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط » .

وقالت المذكرة الايضاحية ان القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول وحسبها أنها استحقت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة أما المتعة فهى مستحبه ولا يقضي بها . واذ قد تراخت المروءة في هذا الزمن وانعدمت لاسيما بين الأزواج اذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة الى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق ، وفي المتعة ما يحقق المعونة ، وفى الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق .

ثم قالت : ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التى تطلبتها الشريعة ، وكان من أسس تقديرها قول الله تعالى : « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » (من الآية ٢٣٦ من سورة البقرة) وكان ايجاب المتعة هو مذهب الشافعى الجديد حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول ان لم تكن الفرقة منها أو بسببها وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أن ايجابها هو مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضا . وعلى هذا وضع نص المادة المذكورة بمراعاة ضوابط أقوال هؤلاء الأئمة وللقاضى أن ينظر في تقديرها عدا ما سبق الى ظروف الطلاق والى اساءة استعمال هذا الحق ووضعه في موضعه ولا تقل في تقديرها عن نفقة سنتين . وتخفيفا على المطلق في الأداء أجاز النص الترخيص له في سداد جملة المقرر للمتعة على أقساط .

١٨٧ **ـ مكررة (١)** ـ ونرى ان تقدير المتعة بنفقة سنتين على الأقل هو تقدير تحكمى لم يقل به الفقهاء فيما أعلم ثم هو يشكل زيادة كبيرة على عاتق المطلق من غير سند معتبر ، لا سيما والمتعة للمطلقة المدخول بها مضافة لجميع المهر ونفقة العدة ، وعند الفقهاء ليس هناك تحديد لمقدار المتعة وهناك رأى معتبر يقول ان المتعة هى الكسوة الكاملة التى تلبسها المرأة عند خروجها حسب عرف بلدها٠ وكان الأوفق أن يترك أمر تقدير المتعة الى القاضي يقدرها في كل حالة بحسبها وذلك بعد فرضها للمطلقة المدخول بها مادامت قد اسحقت كل المهر ونفقة العدة ومما يؤكد ما ذهبنا اليه ما سبق أن ذكرنا من أن المتعة تعرف لغة بأنها هى ما توصل به المرأة بعد طلاقها من ثياب ونحوها ٠ فلا يصح أن تفرض المتعة على ما جاء في القانون بدرجة ترهق المطلق في أحوال هى محل خلاف في الفقه ، ودون سبب معتمد من الشرع ٠

المطلب السابع

متى يسقط المهر كله

١٨٨ ـ بينا ان المهر يتأكد فلا يسقط الا بالاداء أو الابراء في الزواج الصحيح اذا حصل دخول حقيقى أو حكمى أو مات احد الزوجين عن الآخر ٠ وقلنا ان المهر اذا لم يكن تأكد بواحد من هذه الثلاثة فانه قد يكون عرضة لسقوط نصفه وقد يكون عرضة لسقوطه كله ٠ وبينا متى يسقط نصف المهر ٠ والآن نبين متى يسقط كل المهر ٠

١٨٩ ـ والمهر يسقط كله في احدى حالة من حالتين :

١) اذا كانت الفرقة من جانب الزوج وكانت فسخا لاستعمال حق شرعى اعطاه الشارع للزوج وذلك يكون بالفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة ٠ فاذا زوج غير الاب والجد من الاولياء الصغير مثلا الذى في ولايته الاجبارية واختار نفسه قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة عند زوال سبب الحجر عليه فان الزوجة

هنا لا تستحق شيئا من المهـر ، لان الفرقة هنا فسخ من كل وجه فهى تنقض العقد من اصله فلا يبقى شيء من احكامه ٠ ومن هذه الاحكام المهـر ، وفضلا عن ذلك فالقول بان يدفع نصف المهـر لا يجعل لحق الفسخ بخيار البلوغ أو الافاقة فائدة لان الزوج هنا يملك الطلاق وبالطلاق يستحق نصف المهـر ، وعلى ذلك فلا تظهر ثمرة هذا الحق الا بعدم وجوب شيء عليه من المهـر ٠ وقـد قال في الاختيار انه ليس هناك فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهـر عليه الا هـذه الفرقة ٠

٢) اذا كانت الفرقة من جانب الزوجة قبل الدخول حقيقة أو حكمـا ويستوى ان تكون هذه الفرقة بسبب مشروع أو بسبب غير مشروع ٠

ومن الفرقة من جانبهـا بسبب مشروع ان تختار نفسهـا بالبلوغ أو الافاقة فان هـذه الفـرقة تنقض العقد من اصله فضلا عن انهـا جاءت بسبب من الزوجة لا دخل للزوج فيه وعلى ذلك فلا تستحق شيئا من المهر الذى لـم يتاكد ٠

ومن ذلك أيضـا الفسـخ بسـبب عدم الكفاءة عند من يعتبر ان الزواج مع عدمها غير لازم في حق الولى ٠

وكذا الفسخ الذى يطلبه الولى اذا كان المهر اقل من مهر المثل لأن الفسـخ هنا يعتبر كالنقض للعقـد من أصله فضلا عن انه لايد للزوج فيه وهو معتبر من جانب الزوجة ٠

ومن الفرقة من جانبها بسبب مشروع أيضا ان تكون عصمتهـا بيـدها وتطلق نفسها من زوجها قبل الدخول ٠

ومن السبب غير المشروع ان تكون الفرقة من قبلها بسبب ارتدادها عن الدين الاسـلامى ، أو بسبب ابائها وهى مشركة اعتنـاق الدين الاسلامى أو دينـا كتابيا بعد ان اسلم زوجهـا ومن ذلك أيضا ان ترتكب مع أصل لزوجها

او فرع له ما يوجب حرمة المصاهرة . والسبب في سقوط المهر هنا ان الفرقة من جهتها حالت بين الزوج والتمتع بها . كما ان الفرقة بسبب المعصية سقوط المهر فيها اظهر لان المعصية تستوجب عقاب مرتكبها .

ويلاحظ ان المهر بعد ان يصير حقا للزوجة وحدها ، فان لها ان تسقطه عن زوجها بالابراء او الهبة او غيرهما متى كانت أهلا لمثل هذه التصرفات لأن المهر خالص حقها فلها فيه كل التصرفات كأى مال مملوك لها(١) .

المطلب الثامن

اقتران المهر بالشرط

١٩٠ - المهر المسمى في العقد ان لم يقترن بشرط فانه يجب على البيان السابق وان اقترن بشرط نفرق :

١) فقد يسمى لها مهرا دون مهر مثلها ويشترط على نفسه لقاء هذا النقض ان يحقق لها منفعة مباحة شرعا ، سواء كان ذلك لها هى أو لقريب محرم لها ومن ذلك ان يتزوجها مثلا بالف على الا يخرجها من بلدها او على الا يتزوج عليها ، فان وفي بالشرط فلها المهر المسمى لأنه يصلح مهرا وقد رضيت به وان لم يف بالشرط بان تزوج عليها او اخرجها من بلدها فلها مهر المثل لأنه سمى لها شيئا لها فيه نفع فعند فواته يجب لها مهر المثل لعدم رضاها بالمهر المسمى الا بشرط تحقق ما اشترطه وان لم يتحقق فيكون رضاها بالمهر المسمى قد انعدم .

واما اذا كانت المنفعة المشروطة غير مباحة شرعا كأن يشترط سقيها الخمر او خروجها للمراقص او كانت المنفعة المشروطة لأجنبى عن الزوجة فالواجب هو المهر المسمى بشرط الا ينقص عن الحد الادنى للمهر وذلك لأن المنفعة ان

---

(١) الزيلعي والشلبى جزء/٢ ص ١٤٠ ، ١٤١ - البدائع جزء/٢ ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ .

لم تكن مباحة شرعا فانه لا يجوز الوفاء بالشرط ولا يجوز للمسلم شرعا ان ينتفع بها فلا تستحق الزوجة عوضا نظير فوات الانتفاع بها . كما ان المنفعة اذا كانت لأجنبى عن الزوجة فانها لا تكون منفعة مقصودة قصدا صحيحا لاحد العاقدين وعلى ذلك يجب المهر المسمى في العقد .

٢) ان يسمى الزوج لزوجته مهرا يزيد على مهر مثلها في نظير ان يتحقق فيها وصف مرغوب فيه كأن تكون بكرا او متعلمة ، فان كانت الزوجة بالوصف الذى روعى في تحديد المهر فان المهر المسمى يجب ، وان لم توجد الزوجة على هذا الوصف فان الذى يجب هو مهر المثل لأن الرضا بالزيادة على مهر المثل كان مقابل تحقق وصف معين وهو لم يتحقق فلا يجب الا مهر المثل .

٣) وقد يسمى لها مهرا على تقدير ويسمى خلافه على تقدير آخر : مثاله ان يتزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها من بلدها . فان وفي بالشرط الأول واقام بها فان الذى يجب هو المسمى الذى هو الالف ، وانما وجب الالف لوجود رضاها به وصلاحيته مهرا ، وان لم يف بهذا الشرط واخرجها من بلدها فلها مهر مثلها لا يزيد عن الألفين ولا ينقص عن الألف ، وهذا عند أبى حنيفة وقال الصاحبان : الشرطان جميعا جائزان فتكون لها الالف عند الاقامة والالفان عند اخراجها وقال زفر : الشرطان فاسدان فيكون لها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف .

واستدل زفر على رأيه بان المسمى مهرا تردد بين شيئين وهذا يورث الجهالة فيكون المسمى مجهولا وهو اذا كان مجهولا فان التسمية تفسد ويجب مهر المثل مع عدم زيادته عن الالفين لأن الزوجة رضيت به عند تحقق الاخراج ، ولا ينقص عن الالف لأن الزوج رضي به عند تحقق عدم الاخراج . من بلدها .

اما ابو حنيفة فقد قال ان احدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان فالتسمية الاولى صحيحة لانها صادفت محلا لوجودها بدون ان يوجد ما يزاحمها . والتسمية الثانية وهى الاخراج من بلدها غير صحيحة لأنها لم تصادف محلا لوقوعها بعد التسمية الأولى الصحيحة ، وعلى ذلك فاذا تحقق شرط التسمية بأن أخرجها من بلدها فتفسد التسميتان لان المعلق لايوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط .

اما الصاحبان فعندهما ان الزوجين رضيا بمهر مخصوص في حالة مخصوصة وعلى ذلك فعند تحققها يجب المهر المسمى الخاص بها لان الشرط وجد ونظير هذا ما اذا اشترى احد شيئين على ان يأخذ ايهما شاء وبين ثمن كل واحد منهما على التفاوت ٠

وقول الصاحبين هو الرأى الراجح في المذهب الحنفى فينبغى ان يكون عليه العمل ٠

١٩١ - ويلاحظ ان هناك فرقا بين اقتران عقد الزواج بشرط وبين ان يكون المهر هو المقترن بالشرط ٠ اما ان يكون المهر هو المقترن بالشرط فقد بينا حكمه ٠ واما اقتران عقد الزواج نفسه بالشروط فلا اثر للشرط في العقد فلا يترتب على عدم تحققه أو على عدم الوفاء به اى أثر بالنسبة للعقد لدى الحنفية ٠ لان الزواج عندهم لا يدخله شرط كما لا يدخله خيار عيب أو خيار رؤية ٠ وعلى ذلك فلو شرط للرضا بالزواج شرطا فيه منفعة للزوجة أو اشترط وصفا مرغوبا فيه فان المهر الذى يجب هو المهر المسمى لو كان المهر سمى في العقد على كل حال ٠ واذا لم يكن المهر قد سمى في العقد فان الذى يجب هو مهر المثل على كل حال (١) ٠

المطلب التاسع

من له قبض المهر

١٩٢ - قلنا قبل الان ان ملكية الزوجة للمهر تثبت بالعقد في الزواج الصحيح ويستوى في ذلك ان يكون الواجب هو المهر المسمى أو مهر المثل ٠ ولا تحتاج ملكية الزوجة للمهر لكى تثبت الى القبض ، وفقط المهر اذا

---

(١) الزيلعى والشلبى جزء / ٢ ص ١٤٨ - ١٥٠ - تنوير الابصار وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ صفحة ٣٥٤ وما بعدها ٠

كان مثليا معينا بالوصف وغير معين بالتعيين فانه يثبت حقا للزوجة في ذمة الزوج ، واذا كان المهر معينا فان ملكية الزوجة له تثبت مباشرة بدون توسط ذمة الزوج ٠

ومتى ثبت حق الزوجة في المهر بالعقد فان للزوجة ان تقبضه بمجرد العقد ما لم يكن هناك شرط أو عرف بتأجيل بعضه ٠

والزوجة هي التي لها حق قبض المهر ما دامت بالغة عاقلة رشيدة فهي اذا قبضته برئت ذمة الزوج منه وكذلك اذا وكلت غيرها في قبضه سواء اكانت بكرا أو ثيبا ، والتوكيل يجب ان يكون صريحا في القبض اذا كان لغير الاب أو الجد في البكر ، ويجب ان يكون صريحا في جميع الاحوال في الثيب ، فلا يشترط في التوكيل بالنسبة للبكر اذا كان للاب أو الجد في قبض المهر كونه صريحا بل يكفي فيه ان يكون هناك ما يدل على رضاها بقبضهما المهر نيابة عنها ويعتبر سكوتها رضا منها بذلك ٠

ووجه الفرق في هذه المسألة بين البكر والثيب ان العادة جرت في البكر ان والدها ومثله جدها الصحيح هو الذى يتولى تزويجها وقبض مهرها والقيام بتجهيزها وقد يدفع على المهر اضعافه فاذا لم يوجد نهى صريح من البكر لاحد منهما عن قبض المهر ففي هذا دلالة على رضائها بما جرت به العادة في ذلك وهذا الذى في البكر ليس في الثيب اذ ان العادة جارية بانها هي التي تتولى امر نفسها ٠

واذا كانت الزوجة محجورا عليها حجرا **ماليا كأن تكون مجنونة أو معتوهة أو سفيهة أو ذات غفلة أو تكون صغيرة فان ولاية قبض المهر تكون لمن له الولاية على مالها فهو المعهود له المحافظة على اموالها وادارتها** ٠ والولى على المال قد يكون هو الولى على النفس كالاب والجد الصحيح ، فهنا يكون للولى تزويج من هى في ولايته بما له من الولاية على نفسها ، له حق قبض مهرها بما له من ولاية على مالها ٠

واذا كان الولى على النفس غير الولى على المـال كأن يكون الولى العاصب هو الاخ الشقيق أو العم ويكون للزوجة وصي من قبل المحكمة منـوط بـه امورها المـالية فان الذى يقبض المهـر هنا عو الوصي لا الولى الذى تكون لـه فقط ولاية التزويج ، فاذا قبض الولى المهـر فان الزوج لا تبرأ ذمته منه (١) . ويكون للزوجة بعد زوال سبب الولاية عليهـا ان تطالب الزوج بمهـرها ، ولا يكون امامه الا ان يدفعه لهـا وهو وشأنه مع من دفع اليه أولا .

١٩٣ - وما دام ان المهـر لا يلزم قبضه عقب العقد كأن يكـون مؤجلا بعضـه بشرط أو عرف فان الزوجة بقبضها الجزء المعجل منه تلزمها طاعة زوجها ، امـا اذا لـم تقبض هذا المعجل فليس له عليهـا حق الطاعة ونتيجـة لذلك ان امتنعت عن الانتقال الى بيته يكون هذا الامتناع بحق شرعى .

ولكن ان دخل الزوج بزوجته برضاها أو اختلى بها قبل ان تقبض الجزء المعجل من المهـر فقد قال الصاحبان انه ليس لها ان تمتنع بعد ذلك لان الدخول أو الخلوة برضاها فيه تنفيذ للعقـد من جانبهـا من كل وجـه فدل على انهـا اسقطت حقهـا في طلب معجل المهـر قبل الدخول فيسقط حقهـا في الامتنـاع حتى يقدم هذا المعجل ومتى سـقط هذا الحق فانه لا يعود .

وقال ابو حنيفة ان لهـا الحق في منـع نفسها عنه حتى بعد الرضـا بالدخول أو الخلوة من قبل دفع المعجـل من المهـر لان احكام الزواج مـن جانبهـا لا تسـتوفى دفعة واحدة بل تسـتمر في الاستيفـاء مادام العقـد

---

(١) معلوم ان الولاية على المـال تكون عند الحنفية للاب ثم لوصيه ، ثم للجـد ثم لوصيه . وبعد هؤلاء تكون الولاية المـالية للقاضي ولوصيه . فغير الاب والجد الصحيح من الاولياء اذا لم يعينه القاضي وصيـا على المـال فانـه لا تكون له ولاية على مـال من هـو في ولايته . وأمره قاصر هنـا على ولايـة التزويج لمـا يلحقه بالزواج من الفخار أو العـار .

باقيا ثابت الاحكام وعلى ذلك فرضاؤها بعشرته من غير تقديم ما يجب تقديمه من المهر مسقط لحقها في منع نفسها في الماضي ولكنه ليس يعتبر اسقاطا لحقها في المستقبل وقد يكون الرضاء منها بالعشرة قبل تقديم المهر لرجاء التعجيل بالدفع فاذا لم يفد ذلك فلها منع نفسها عن الزوج حتى تقبض معجل أحكام المهر ٠

١٩٤ ـ وقد حكم بأن المهر ملك خاص للمرأة واذا كانت صغيرة فولاية قبض مالها لمن له الولاية على مالها ، وهو أبوها ثم وصيه ثم جدها الصحيح ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه واذا لم يوجد أحد من المذكورين فليس لأحد آخر ولاية قبض مهرها لعدم ولا يتهم على مالها حتى أمها اذا لم تكن وصية عليها ، فاذا قبض واحد من غير الأولياء على مالها مهرها من الزوج فلا تبرأ ذمته بذلك ، وللزوجة اذا بلغت أن تطالب به ، وهو يرجع به على من أقبضه اياه الا اذا كان القابض وصيا ٠

أما الكبيرة المطلقة فهى التى تقبض مهرها بنفسها ، وليس لأحد أيا كان قبض مهرها ، سواء أكانت بكرا أم ثيبا ٠

والوكيل في النكاح سفير ومعبر فقط وتنتهى وكالته بانتهاء عقد الزواج فقبضه المهر بهذه الصفة غير معتبر ، ولا يسرى على الزوجة سواء أكانت وقت العقد عليها قاصرة أم بالغة ، ولها حق المطالبة به ، وان تمنع نفسها من الطاعة ما بقى لها منه شيء ، ولا تعد ناشزا (١) ٠

وحكم بأن للأب والجد ولاية قبض صداق البكر البالغة ، وليس لغيرهما من الأولياء ولاية ذلك (٢) ٠

---

(١) العياط الشرعية ١٩٢٩/٢/١١ المحاماة الشرعية س/٢ ع/٣ ص ٢٦٧ رقم ٢٤ ، وقد تأيد في الاستئناف ٠ وهو قد اقتبس هذه الأحكام من باب المهر فى كتب : الهداية والعناية والفتح والدر المختار ورد المختار والفتاوى المهدية في باب المهر في جميعها ٠

(٢) السيدة الشرعية ١٩٣٠/٦/٢٢ ، المحاماة الشرعية ، س / ٢ ع/٣ ص ٢٨٠ رقم ٣١ ٠ وقد تأيد استئنافيا ٠

ولعل ما قرره هذا الحكم اعتمادا على سكوت البكر باعتباره من قبيل الرضا بالقبض بالوكالة عن الزوجة ، اذ قبضهما بغير نيابه غير معتبر في البكر البالغة ، والعادة قد جرت في البكر البالغة أن الذى يقوم بالتزويج وقبض المهر والقيام بتجهيز البيت هو الأب ، ومثله الجد الصحيح ، بل كثيرا ما يدفعان في الجهاز أضعاف المهر ، حتى انه قد حكم بأن دعوى البنت على والدها أداء مقدم الصداق اليها بدعوى عدم تجهيزها به من الدعاوى التى يكذبها الظاهر ، وما استفاض في العرف أن الأب يجهز ابنته بمهرها وزيادة ، فلا تكون مسموعة شرعا(١) ·

المطلب العاشر

ضمان المهر

١٩٥ - لا نزاع في ان الزوجة اذا قبضت المهر عند انشاء العقد فقد استوفت بذلك حقها وبرئت ذمة الزوج بهذا القبض · اما اذا لم تقبض المهر وكان مثليا غير معين بالتعيين فهو حق لها في ذمة الزوج ، واذا كان معينا بالتعيين ولم تستلمه الزوجة فهو في ضمان الزوج حتى يسلمه اليها · والزوجة لها ما دام المهر في ذمة الزوج أو في ضمانه ان تأخذ من الزوج رهنا للاستيثاق من حصولها على حقها ولها ان تأخذ لهذا الغرض كفيلا · والكفالة من عقود التبرعات لان بها يلتزم الكفيل بما لم يكن مطالبا به وهو لا يرجع على الاصيل اذا لم تكن الكفالة بامره ، وهى حتى وان كانت بامر الاصيل فهى تبرع ابتداء لان فيها يلتزم الكفيل باداء ما على غيره وفضلا عن ذلك قد يذهب دينه قبل الاصيل ان لم يمكنه الاداء بمثل الافلاس · والكفالة تبرع للزوجة وهى الدائنة وتسمى **المكفول له** ، وهى ايضا تبرع للزوج وهو المدين ويسمى **بالمكفول عنه** ·

---

(١) محكمة الجيزة الشرعية ، ١٩٣٥/٦/٥ ، المحاماة الشرعية ، س / ٧ ع/٩ ، ١٠ ص ٨٥٠ رقم ٢٣١ ·

١٩٦ - وما دامت الكفالة تبرعا فان احكام التبرعات تطبق عليها ومن ذلك ان الكفيل اذا كفل في حال صحته فان كفالته صحيحة لازمة مهما كان مقدارها وايا كان المكفول له والمكفول عنه . واذا كان الكفيل حال الكفالة مريضا مرض الموت فان الكفالة تسرى عليها احكام الوصية فتتقيد الكفالة بثلث التركة فاذا كان المهر المضمون في حدود هذا الثلث فالضمان سار حسب الاتفاق وان كان المهر أكثر من الثلث فالضمان صحيح في حدود الثلث من غير اجازة الورثة لان هذا هو حكم الوصية وهذا اذا لم يكن احد الزوجين من ورثة الكفيل . اما اذا كان احدهما من ورثته فان الكفالة لا تنفذ كلها مهما كان مقدارها الا باجازة الورثة لان الكفالة تأخذ حكم الوصية والوصية لوارث لا تنفذ الا باجازة الورثة وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية . وقد تغير الوضع في جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية فانه جعل الوصية لوارث كالوصية لاجنبى فهى تنفذ بالنسبة لكليهما في حدود الثلث دون اجازة الورثة ، وبناء على ذلك تكون الكفالة نافذة في حق الورثة بدون اجازة في حدود الثلث سواء كانت لوارث أو لاجنبى .

والزوجة لها ان تطالب زوجها بالمهر فاذا اداه لها برئت ذمته منه وبرئت كذلك ذمة الكفيل ، ولها ان تطالب الكفيل بمهرها فاذا وفي لها المهر فان له الرجوع بما دفع على الزوج الذى كفله اذا كانت الكفالة بامر الزوج لان هذا هو الحكم في عقد الكفالة ، والا فانه لا يرجع عليه بشيء مما اداه عنه لأن الكفالة اذا لم يكن الكفيل مأمورا بها فانها تبرع ابتداء وانتهاء . والزوجة لها مطالبة ورثة الكفيل بالمهر اذا مات دون ان تكون قبضته ، وهؤلاء يرجعون بما دفعوا على الزوج .

١٩٧ - واذا كفل الاب ابنه الصغير الذى في ولايته في المهر واداه عنه فان له الرجوع بما ادى عنه في ماله بشرط ان يشهد عند الكفالة أو عند الاداء انه نوى الرجوع .

وعدم الرجوع عند عدم الاشهاد هو مقتضي الاستحسان لان الاب يتحمل عن ابنه عادة بلا طمع في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص • اما عند الاشهاد فان هذا صريح في رغبة الاب الرجوع في مال ابنه فلا يحتج عليه بالعرف وكان القياس يقتضي ان يرجع الاب على ابنه بما اداه عنه لان غير الاب لو ضمن باذن الأب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الأب لأن قيام ولايته عليه في الصغر بمنزلة امره بعد البلوغ • واذا مات الاب الكفيل قبل ان يؤدى المهر المكفول للزوجة فان لها ان تطالب بهذا المهر في تركة الاب الكفيل وباقى الورثة يرجعون بما يدفع في مال الصغير • لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ومثل الصغير في الحكم المجنون لانه مولى عليه كالصغير •

واذا كان الكفيل في مهر الصغير ومن في حكمه غير الأب فانه يرجع بما ادى على الزوج سواء اكان اشهد عند الكفالة أو عند الاداء على انه كفل أو ادى ليرجع على الصغير أو من فى حكمه أو كان لم يشهد لان العرف في غير الاب لم يجر بما جرى به في حالة الاب •

١٩٨ ـ واذا زوج الاب الصغير أو من فى حكمه ولم تكن هناك كفالة فان الأب هنا يلزم بان يدفع للزوجة مهر الزوج من مال الزوج لو كان عنده مال لأن له الولاية في ماله كما له الولاية على نفسه • واذا لم يكن له مال فهل يطالب الاب بان يدفع المهر اذا لم يكن قد كفل ابنه الصغير أو من في حكمه؟

لدى الحنفية المهر ليس واجبا على الاب لا بالاصالة لان المهر حكم من احكام الزواج فيثبت على الزوج لزوجته فلا يثبت على الاب • وهو ايضا ليس واجبا عليه بالكفالة لان الفرض انه لم يكفل ابنه في المهر •

ومذهب الائمة الثلاثة مالك والشافعى واحمد في رواية عنه ان الاب اذا عقد زواج ابنه الفقير يكون هو المطالب بالمهر ولو كان الابن الفقير كبيرا تولى هو العقد بالوكالة عنه ، وعلى هذا الرأى لو ادى الوالد المهر عن ابنه الفقير فليس له الرجوع عليه بما دفع اذا ايسر • ولو مات قبل الأداء فان المهر يؤخذ من التركة لا من نصيب الابن •

١٩٩ - وقد حكم بأن سبب وجوب الصداق على الزوج هو عقد النكاح ، وسبب وجرب أدائه على الكفيل عقد الكفالة الذى هو التزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص ٠

ويجب على الكفيل أداء جميع ما التزم بأدائه من الصداق للزوجة ٠ وليس له أن يمنعها شيئا منه بوفاة الزوج متى كانت التركة لم تقسم ، ولم يستول أحد من الورثة على نصيبه منها ، ولم تطلب الزوجة حقها في الصداق من تركة الزوج المتوفي ٠ ولا يلزم الزوجة يمين الاستظهار عند طلبها مؤخر صداقها من الكفيل بمقتضي عقد الكفالة ، لأن اليمين حق للتركة ، وهى لم تطلب شيئا منها(١) ٠

وحكم بأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر زوجة ابنه الا اذا ضمنه وظاهر أن هذا الحكم اعتمد مذهب الحنفية في هذا الأمر(٢) ٠

المطلب الحادى عشر

متاع البيت

٢٠٠ - المهر الذى تقبضه الزوجة يكون حقا خالصا لها وهى تتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات لأن هذا هو الشأن في اموالها وهو قد صار في عداد اموالها ٠ ولم يوجب الشرع المهر للزوجة مقابل اعدادها البيت ٠ فليس عليها أى التزام من هذا القبيل وليس هناك التزام بذلك على أبيها ٠ والزوج هو الذى عليه اعداد البيت وتجهيزه بالاثاث وغيره حتى يكون صالحا لسكنهما لأن عليه المسكن ويدخل في ذلك ان يكون هذا المسكن معدا والمسكن شعبة من شعب النفقة التى هى على الزوج لزوجته ٠

---

(١) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٦/٨/٢٣ ، المحاماة الشرعية ، س/٧ ع/٩ ، ١٠ ص ٨٢٤ رقم ٢٢١ ٠

(٢) كفر الزيات الشرعية ، ١٩٣٠/٤/٢٩ ، المحاماة الشرعية ، س/١ ع / ٧ ص ٦٣٢ رقم ١٧٦ ، وقد نقل هذا الحكم عن باب المهر من متن الدر وشرحه وحاشية ابن عابدين ٠

وعلى ذلك فالزوج لا يستطيع ان يلزم الزوجة بأن تحضر له معها متاع بيته فاذا حضرت اليه بغير شيء من هذا القبيل مطلقا فليس له عليها من سبيل ولا يستطيع ان يطلب منها الجهاز مهما كان دفع لها من مهر فهذا شيء وذلك شيء آخر ٠

ومع ذلك فان العادة قد جرت على ان المرأة هى التى تعد الجهاز ، بل ان اقاربها ينفقون كثيرا في هذا السبيل وقد يتجاوز ما يدفعونه اضعاف ما قدم من مهر ٠ وقيام الزوجة هكذا باعداد الجهاز ليس الا تبرعا منها وهى تملك هذا الجهاز وليس هناك ما يلزمها بان يستعمله زوجها وهو ان فعل ذلك رغما عنها كان غاصبا فيكون لها استرداده شرعا او قيمته او مثله ان هلك او استهلك في يد زوجها سواء كان ذلك والزوجية قائمة بينهما او بعد الفرقة(١) ٠

٢٠١ - لكن ما الحكم ان قدم الزوج لزوجته مالا فوق المهر مقابل ان تعد هى الجهاز او تعد جهازا من نوع خاص ٠

في هذه الحالة نفرق : فان كان المال الذى دفعه منفصلا عن المهر واشترط كونه مقابل الجهاز او الجهاز الخاص او كان العرف جرى بذلك ففى هذه الحالة اذا زفت اليه بغير جهاز او بجهاز يخالف المشترط او الذى جرى به العرف فان الزوج له ان يسترد المال الذى دفعه لاجل اعداد الجهاز او اعداد جهاز من نوع خاص ٠ ويكون تكييف هذا الاعطاء انه هبة مشروطة بالعوض فله الرجوع عنها ان لم يتحقق ما شرط او ما جرى به العرف ٠

---

(١) ما ذكر في الصلب من حيث كون اعداد البيت على الزوج دون الزوجة هو مذهب الحنفية وجمهور الفقهاء ٠ ورأى المالكية مقتضاه ان الجهاز واجب على الزوجة في نطاق ما قبضته من مهرها وما تجرى به العادة بين امثالها فان لم تكن قبضت شيئا من المهر فليس عليها جهاز الا اذا كان العرف يوجب عليها جهازا او كان الزوج شرط عليها ذلك ٠ فالجهاز في مذهب مالك على الزوجة في حدود المهر المقبوض الا اذا كان العرف يوجب الزيادة عن المقبوض او كان هناك شرط بذلك ٠

ولكن اذا زفت اليه امرأته بغير جهـاز أو بجهاز غير المشروط أو غير ما جرى به العرف وسكت الزوج على ذلك ولم يطلب جهازا أو لم يطلب الجهاز المطلوب فلا يكون له الرجوع عليها بشيء لأن سكوته دل على انه دفع تبرعا من غير عوض.

واذا لم يدفع المـال منفصلا عن المهـر بل زيد في المهر بقصـد احضـار جهاز أو احضار جهاز من نوع خاص فقد حصل الخلاف في هذه المسألة :

فقيل ان المهر المسمى يجب كله للزوجة بلا نقص ولا يـكون على الزوجة احضـار جهـاز أو جهاز من نوع خاص لان المهـــر كله خالص حق الزوجة ولا يغير من ذلك ان يزيد مهما كانت هذه الزيادة بدليل قوله تعالى : « وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » .

وقيل بان الزوجة هنا يجب ان تحضر الجهاز او تعد الجهـاز المخصوص وهى انلم تقـم بذلك فان الذى يجب لها هو مهر المثل لا المهـر المسمى لأن الزوج ما قبل الزيادة في مهرها الا في مقابل تقـديم جهـــاز أو ان يكون الجهـاز من نوع خاص ، فاذا هى لم تنفذ ذلك كان رضـاه بالزيادة على مهر المثـل منعدما . وهذا نظير ما اذا سمى الزوج في العقد مهـرا يزيد على مهـر مثل زوجته في نظير وجـود وصف في الزوجة له فيه منفعة كالبكارة فان تخلف هذا الوصف وجب مهر المثل لا المسمى بشرط الا يزيد عن المسمى ، فكذلك هنا .

٢٠٢ ـ قيام الأب بتجهيز بنته :

لا جدال في انالمرأة اذا جهزت نفسها فان هذا الجهـاز يـكون مملوكا لها ويستوى ان تكون قد اشترته هى او اشتراه غيرها من مالها او من مهرها .

لكن ان قام الاب بتجهيز بنته من ماله هو على ان يكون ملكا لابنته فان هذا يـكون هبة منه اليهـا ، ويأخذ هـذا الحـكم أيضا ان تدفع الام في تجهيزها لابنتها أشـياء من أمتعة الأب بحضرته وعلمه وكان ساكتا وزفت الى الزوج فليس للاب ان يسـترد ذلك من ابنته لجريان العـرف به ومثله أيضا أن تنفق الام في جهاز البنت ما هو معتاد والأب ساكت . ففى مثل هـذه الحالات يكون اذن الأب موجودا دلالة .

وما دام ان ما يقدمه الاب لبنته هكذا يأخذ حكم الهبة فان هذه الهبة لا تتم الا بالقبض اذا كانت البنت كبيرة بالغة ولا تتملك هى الجهاز بنفس شراء الأب له بخلاف ان تكون في ولايته المالية كأن تكون صغيرة او مجنونة فهنا تتملك الجهاز بنفس الشراء قبل ان تتسلمه لأن له عليها ولاية مالية فيده لها صفة النيابة عنها في قبض الهبات فبمجرد الشراء بقصد الهبة لها تتملك هى الجهاز بالقبض او بالشراء على ما مر فلا يكون للاب في حياته ولا لاحد من ورثته بعد موته ان يسترد الجهاز منها بل تختص به هى ، ومرد عدم الاسترداد ان الجهاز صار بالقبض أو الشراء موهوبا لها من والدها وبينهما قرابة محرمية وهى من موانع الرجوع في الهبة ٠

والهبة تبرع كما سبق وعلى ذلك فالأب ان كان وقت الشراء او وقت القبض صحيحا فان تبرعه يكون في الصحة وينفذ تبرعه هذا بدون توقف على اجازة احد مهما كانت قيمة هذا الجهاز بالنسبة لمال الأب ، اما اذا كان وقت الشراء او وقت القبض على حسب الأحوال مريضا مرض الموت فان تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية فلا ينفذ الا باجازة الورثة ، مهما كانت قيمته ولو لم يتجاوز ثلث التركة ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ولكن على المعمول به في جمهورية مصر العربية يكون التبرع نافذا دون اجازة الورثة ما دام في حدود ثلث التركة يستوى في هذا الحكم كونه لوارث أو لغير وارث ، فان زاد عن الثلث احتاج لاجازة الورثة فيما جاوز الثلث[١] ٠

الاختلاف في متاع البيت :

٢٠٣ - قد يكون الاختلاف في متاع البيت بين الوالد أو ورثته من جهة وبين بنته او ورثتها من جهة أخرى ٠ وقد يكون الاختلاف بين الزوجين او ورثتهما ٠

---

(١) تنوير الأبصار وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء/٢ صفحة ٣٧٥ وما بعدها ٠

فان كانت الأولى فوضع المسألة ان يقوم الأب بتجهيز ابنته من ماله هو ولا يصرح حال الشراء ان كانت البنت فاقدة الأهلية أو ناقصتها أو حال تسليمها الجهاز ان كانت كاملة الأهلية ان كان هذا الجهاز هبة منه لها أو انه فقط على سبيل العارية ، فقد يقع النزاع بين الأب وبنته بعد ذلك هو يدعى ان الجهاز كان عارية فله استرداده منها وهى تدعى ان الجهاز كان على سبيل الهبة فليس له ذلك بل قد صار ملكا لها بالهبة . وقد يكون هذا النزاع بين ورثة الأب وبين البنت او ورثتها وقد يكون بين الأب نفسه وورثة ابنته .

ففى هذا الحال يكون القول لمن يشهد الظاهر له بيمينه فان كان الظاهر يشهد للاب او لورثته فالجهاز عارية وان كان يشهد للبنت او لورثتها فالجهاز هبة . وعلى ذلك يكون الجهاز عارية اذا كان العرف مستمرا أى غالبا ان الأب لا يدفع مثل الجهاز المختلف عليه هبة بل عارية وبالعكس يكون الجهاز هبة اذا كان العرف المستمر يشهد بان الأب يدفع مثله جهازا لا عارية ، واذا كان العرف مشتركا كأن يكون عرف البعض من أهل البلد بان الجهاز يعتبر هنا هبة وعرف البعض بانه يعتبر عارية ، ولم يمكن تغليب عرف منهما على الاخر فقد اختلف الرأى في هذه المسألة ، فقيل ان القول هنا هو قول الأب بيمينه لأن ذلك يتصل بارادته وهو المعطى فكان ادرى من غيره ان كان الاعطاء بقصد التمليك أم بقصد العارية ومثله ورثته من بعده لأنهم يخلفونه في ماله وعلى ذلك فهم اعلم من غيرهم بجهة ما كان له من تصرف . وقيل ان القول قول البنت لأنها واضعة اليد وهو دليل الملكية ظاهرا فكان الظاهر يشهد لها .

ويلاحظ انه اذا اقام احد الطرفين البينة على مدعاه فانه يحكم له على مقتضي هذه البينة . واذا اقام كل من الطرفين بينة مقبولة فان البينة التى تسمع هى التى تكون خلاف الظاهر وعلى ذلك فان البينة التى تخالف العرف في محل النزاع هى التى تقبل(١) .

---

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء/٢ ص ٣٧٦ ، ٣٧٧ وقد جاء به ان صاحب النهر استحسن تبعا لقاضيخان انه ينبغى ان =

٢٠٤ - وقد يكون الخلاف في الجهاز بين الزوجين هو يدعى انه ملكه وهى تدعى انه ملكها فان اقام احدهما البينة على دعواه قبلت سواء كان المتاع المختلف فيه مما يصلح للرجال فقط كادوات العيادة والزوج طبيب أو الكتب وهو معلم ، أو مما يصلح للزوجة فقط كالحلى وثياب النساء وادوات الخياطة ، أو مما يصلح لهما معا مثل السجاجيد والمفروشات .

وان اقام كل منهما بينة على مدعاه فان البينة التى تقبل هى التى تثبت خلاف الظاهر فمثلا بينة الزوجة على ان الكتب لها هى التى تقبل وبينة الزوج على ان الحلى له هى التى تقبل لان كلا منهما تثبت خلاف الظاهر من ان الكتب للرجل فقط والحلى للمرأة فقط . واذا كان المتاع المختلف عليه مما يصلح لهما معا فان البينتين تسقطان لأنه ليس هناك لاحدهما ما يرجحها على الاخرى .

واذا لم تكن هناك بينة فان ما يصلح للرجال فقط فهو للزوج بيمينه وما يصلح للزوجة فقط فهو للزوجة بيمينها . اما ما يصلح للزوج وللزوجة فقد اختلف فيه الرأى في المذهب الحنفى فقال زفر ان ما يصلح للزوج والزوجة هنا يكون لهما مناصفة لان قيام الزوجية مثبت ليديهما معا على كل ما في البيت واليد هى دليل الملكية ظاهرا فيكون المتاع لهما ما لم ترجح دعوى احدهما ببينة أو بظاهر آخر يشهد له .

وقال ابو حنيفة ومحمد ان القول قول الزوج في كل ما صلح لهما من متاع البيت لان يده متصرفة ويدها حافظة واليد الاولى هى يد الملك ولذلك دلت على الملكية لان الظاهر يشهد له .

وقال ابو يوسف ان القول قولها فيما جرى العرف على أن تدخل به مثلها لان العرف قد جرى على ان المرأة لا تدخل بيت زوجها الا بجهاز

= يقال ان الأب اذا كان من الاشراف لم يقبل قوله انه عارية وان كان ممن لايجهز البنات بمثل الجهاز المختلف عليه قبل قوله . وقد علق ابن عابدين على ذلك بقوله : لعل وجه الاستحسان مع انه لا يغاير القول المعتمد انه تفصيل له وبيان لكون الاشتراك الذى قد يقع في بعض البلاد انما هو في غير الاشراف .

يليق بها فكان الظاهر شاهدا لها ٠ اما ما زاد عن ذلك فالقول قول الرجل لان يده عليه فالظاهر بالنسبة لهذا الزائد شاهد له ٠

ونرى ان رأى ابى يوسف في هذه المسألة هو الاولى بالاعتبار لجريان العادة على مقتضاه ٠

والذى قيل في حالة كون النزاع بين الزوجين يقال في حالة كونه بين ورثتهما أو بين ورثة الزوجة مع الزوج ، اما اذا كان الخلاف بين ورثة الزوج مع الزوجة في الاثاث الذى يصلح للرجال وللنساء فان القول في هذا الامر عند ابى حنيفة هو قول الزوجة لا قول ورثة الزوج لان الظاهر شاهد لها اذ هى الواضعة اليد على محل النزاع فيكون القول لها مع يمينها ٠

٢٠٥ ـ وقد حكم بأنه اذا اختلف الزوجان في متاع البيت وكان مما يصح استعماله لكل منهما فالقول فيه للزوج بيمينه لأنه صاحب اليد ٠

وأنه اذا تلف متاع الزوج باستعمال زوجته مع اذنه لها بالاستعمال فلا يكون مضمونا عليها ٠

واذا ادعى الزوج بقاء متاعه وأنكرت الزوجة ذلك ولا بينة له حلفت ورفضت دعواه (١) ٠

المطلب الثانى عشر

القانون اللبنانى واحكام المهر

٢٠٦ ـ نص قانون حقوق العائلة بالنسبة لتأجيل المهر وتأخيره في المادة ٨١ منه على انه : « يجوز تعجيل وتأجيل المهر المسمى تماما أو قسما منه » ، وفي المادة ٨٢ على انه : « اذا اجل المهر لمدة معينة فليس للزوجة

---

(١) محكمة القصير الشرعية في ١٩٣٢/٩/١٣ المحاماة الشرعية س/٦ ع/١ ، ٢ ص ١٥٠ رقم ٤١ ٠ ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا ٠

المطالبة به قبل حلول الاجل ولو وقع الطلاق بينهما ، اما اذا توفى الزوج فيسقط الاجل ، واذا لم تعين مدة فيعد مؤجلا لوقوع الطلاق أو لوفاة احد الزوجين » ٠

٢٠٧ ـ ونص فيه بالنسبة لانواع المهر في المادة ٨٠ على ان : « المهر مهران : اما المهر المسمى وهو الذى سماه الطرفان ، قليلا كان أو كثيرا ، أو مهر المثل وهو مهر امرأة تقارنها وتماثلها من قوم ابيها ، وان لم يوجد فمن اهالى بلدتها » : فهذه المادة ان المهر قد يسمى في العقد فان لم يكن فالواجب هو مهر المثل ، ويلاحظ ان مهر المثل طبقا لهذه المادة يعتبر بمهر اهالى بلدة الزوجة اذا لم توجد امرأة من قوم ابيها تقارنها وتماثلها ، وكان الاحسن في هذه الحالة الاخيرة ان ينص على ان يعتبر مهر المثل بمهر المرأة من اسرة كاسرة ابيها منزلة لان اعتبار امرأة من اهالى بلد الزوجة فقط قد يوقع في عدم التماثل ٠

٢٠٨ ـ وبالنسبة للاحوال التى يلزم فيها المهر بتمامه نصت المادة ٨٣ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا سمى المهر في العقد الصحيح وتوفى **احد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح** يلزم المهر المسمى تماما ٠٠ » فهذا النص ذكر الموت مؤكدا للمهر ولم يفرق بين موت وموت ، كما جعل المهر مؤكدا بتمامه اذا حصل الطلاق بعد الاجتماع الصحيح ٠ وهو لم يفصح عن مقصوده بعبارة **الاجتماع الصحيح** ٠ فان كان يقصد بها الخلوة الصحيحة فان الدخول يؤكد المهر بتمامه من باب اولى طبقا لهذا النص ومما يرجح هذا المعنى ان القانون عندما يريد الدخول الحقيقى يعبر عنه بكلمة : **المقاربة** ، كما فعل في المادة ٨٥ منه ومن قبلها المادة ١٩ ٠ ويلاحظ ان الكلام هنا في حالة كون المهر مسمى وكون التسمية في زواج صحيح ٠

وبالنسبة لسقوط نصف المهر نصت المادة ٨٣ ايضا على انه : « ٠٠٠ اذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح يسقط نصف المهر المسمى » وهذا النص في الزواج الصحيح اذا كانت هناك تسمية للمهر ٠

وقد نصت هذه المادة على ان المهر المسمى يسقط بتمامه اذا وقع الفراق من طرف الزوجة باحدى الصور كما لو فرق الزوجة وليها بسبب عدم الكفاءة . وهذا النص مثل بحالة تكون فيها الفرقة من قبل الزوجة ، وعلى ذلك فيمكن تطبيقه في كل حالة من هذا القبيل سواء اكان السبب مشروعا أو غير مشروع . ومن السبب المشروع ما مثلت به المادة آنفا ، ومن السبب غير المشروع ردتها عن الدين الاسلامى .

٢٠٩ ـ وقد ذكرت المادة ٨٤ متى يجب مهر المثل ومتى تجب المتعة فقالت : « اذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو سمى وكانت التسمية فاسدة ثم توفى احد الطرفين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم مهر المثل اما اذا وقع الطلاق قبل الاجتماع الصحيح تلزم المتعة (وهى عبارة عن قميص وازار وملحفة) وتعين المتعة حسب العرف والعادة « على شرط ان لا تتجاوز مهر المثل » : وظاهر من هذا النص ان مهر المثل يتأكد بتمامه في العقد الصحيح الذى لم يسم فيه المهر أو سمى تسمية فاسدة بما يتأكد به المهر المسمى وقد نصت على ذلك المادة السابقة على هذه . لكن اذا حصل الطلاق قبل الاجتماع الصحيح فان المتعة هى التى تلزم . وهذا يدل على ان المتعة تلزم بدلا عن نصف مهر المثل لانه لا يتنصف . والنص على ان المتعة هنا لازمة فيه اتباع لرأى جمهور الفقهاء الذى يقول بوجوب المتعة خلافا لرأى مالك الذى يقول انها مستحبة فقط . وقول النص ان المتعة هى قميص وازار وملحفة هو قول تأثر فيه الشارع اللبنانى بما صرح به الفقه من ان المتعة هى الكسوة الكاملة التى تلبسها المرأة عند خروجها وهى محددة بالعرف .

٢١٠ ـ وقد ذكرت المادة ٨٥ اثر الدخول في المهر بالنسبة للنكاح الفاسد فقالت : « اذا وقع الفراق بعد المقاربة في العقد الفاسد فان سمى المهر يلزم اقل المهرين من المهر المسمى ومهر المثل وان لم يسم أو سمى فاسدا فيلزم مهر المثل بالغا ما بلغ . اما اذا حصل الفراق قبل المقاربة فلا يلزم مهرا اصلا » ويتبين من هذا النص ان الفرقة اذا حصلت في النكاح الفاسد قبل الدخول فانه لا يلزم الزوج بمهر مطلقا وهذا ظاهر لان العقد الفاسد ليس معتبرا شرعا فلا يترتب عليه اى اثر والمهر من احكام العقد الصحيح .

اما اذا حصل دخول في العقد الفاسد فان المهر يجب بالدخول لا بالعقد الفاسد، واذا كان المهر يجب هنا فان كان قد سمي في العقد فان الذى يجب هو الاقل من المسمى ومهر المثل فان سمى مهر اقل من مهر المثل فهو الذى يجب دون مهر المثل لانه وان كان مهر المثل هو الذى يجب اصلا لكنها رضيت بالمسمى وهو الذى عليه ابو حنيفة وصاحباه خلافا لزفر الذى يوجب مهر المثل بالغا ما بلغ لأن العقد الفاسد لا تترتب عليه آثار وهذا يستتبع فساد التسمية في العقد فلا ينظر اليها ويجب مهر المثل ٠ وان كان المسمى ازيد من مهر المثل فان الذى يجب هو مهر المثل اذ هو الواجب الاصلى هنا فلا يصار لما سمى زائدا عنه لان التسمية مصدرها العقد والعقد فاسد لا يترتب عليه اثر والاثر نرتب بواقعة الدخول ٠ واذا لم يكن قد سمى مهر أو سمى تسمية فاسدة فان الذى يجب هو مهر المثل مهما بلغ ٠

٢١١ — ومما جاء بالقانون عن المالك للمهر ومن عليه الجهاز قول المادة ٨٩ : « المهر مال الزوجة ولا تجبر على عمل الجهاز منه » ٠

المبحث الرابع

النفقـــة

٢١٢ - تكلمنا عن المهـر بوصفه حقا للزوجة على زوجها والان نتكلم عن النفقة وهى ايضا من حقوق الزوجة على زوجها ٠

والنفقة في اللغة ما ينفقه الانسان على عياله ونحوهم وهى مشـتقة من النفوق وهو الهلاك ، يقال نفقت الدابة نفوقا : هلكت ، او هى مشتقة من النفـاق وهو الرواج ، يقـال نفقت السلعة نفاقا ، راجت ووجـه التسمية ان بهـا يحصل هلاك المـال ورواج الحال ٠

وهى في الشرع أو في الاصطلاح : الطعام والكسوة والسـكن الذى يكون من الشخص على زوجته وعياله واقاربه ومماليكه ، ويدخل فيهـا ايضا الخدمة على ما سيأتى (١) ٠

٢١٣ - اسباب وجوب النفقة :

النفقة تجب على الانسان لغيره بواحد من اسباب ثلاثة : **الزوجيـــة والقرابة والملك** ٠ وعلى ذلك فالزوجية هى سبب وجوب نفقـة الزوجـة على زوجها ، والقرابة هى سبب وجوب نفقة القريب على قريبه ، والملك هو سبب وجوب نفقـة المملوك على مالكه ٠ اما نفقة المملوك على مالكه فسـندع الكـلام فيها الان لزوال الرق ، وأما نفقة القريب على قريبه فالكلام فيهـا عند الكـلام عن احكام الاولاد وحقوقهم ٠ والان نتكلم فقط في نفقـة الزوجية في المطـالب التاليـة :

---

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ صفحة ٦٦١ ٠

المطلب الأول

ادلة وجوبها وسببه وشروطهـا

٢١٤ - وجوب نفقة الزوجية :

نفقة الزوجة على زوجها واجبة بالكتاب والسنة والاجماع والقياس :

اما **الكتاب** : فمنه قوله تعالى : « والوالـدات يرضعن اولادهن حـولين كاملين لمـن اراد ان يتم الرضاعة ، **وعلى المولـود له رزقهن وكسـوتهن بالمعروف**»(١) والمـراد بالضمير في **كسوتهن ورزقهن** الزوجات · وكذلك قوله تعالى : « لينفق ذو سـعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتـاه الله » (٢) وهذا في حق المطلقات · وكذلك قوله تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » (٣) وهى في المطلقات ايضا ، والامر بالاسـكان امر بالانفاق، كما انه اذا كان الامر بالانفاق للمطلقات حال العـدة فان النفقة تجب للزوجة حال قيام الزوجية من باب اولى ·

واما السنة : فهي كثيرة ومنها قول الرسول ﷺ في حجة الوداع « اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم ، أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، لكم عليهن الا يوطئن فراشكم احـدا تكرهونه **ولهن عليـكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف** » · ومنها كذلك ما روى في البخارى ومسلم ان هنـدا بنت عتبة زوجة **ابى سفيان** جاءت الى الرسـول ﷺ وقالت له : يارسـول الله ، ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما آخذ من ماله بغـير علمه · فقـال ﷺ : « خـذى من ماله بالمعروف ما يكفيـك ويكفى بنيك » ·

---

(١) سـورة البقرة الآية رقم ٢٣٣

(٢) سـورة الطلاق آية رقم ٧

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦ · والوجد معناه لغة ، اليسار والقدرة والغنى والسـعة ·

واما الاجماع : فقد انعقد منذ الرسول ﷺ حتى يومنا هذا على ان نفقة الزوجة على زوجها وان القاضي يلزمه بها اذا امتنع عنها وطلبتها الزوجة ، لم يخالف في هذا الاجماع احد .

واما القياس : فان من المقرر ان كل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته ومثل ذلك المفتى والقاضي والوالى فانهم لما كانوا محبوسين في مصلحة الدولة فيجب مقابل هذا الاحتباس على الدولة ان تعطيهم قدر ما يكفيهم ويكفى من تلزمهم نفقتهم ومثل هؤلاء كل عامل للدولة وكذلك المقاتلة الذين نصبتهم الدولة لدفع العدو . والزوجة مثل هؤلاء فلما حبست نفسها لزوجها وللبيت ولمنفعته وجبت لها عليه النفقة مثلهم(١) .

سبب وجوب نفقة الزوجية وشروطها

٢١٥ - السبب في وجوب نفقة الزوجة على زوجها هو عقد الزواج الصحيح ووجود الاحتباس أو استعدادالزوجة له. وعلى ذلك فيشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها ان يكون هناك عقد زواج صحيح وان تكون الزوجة محتبسة لزوجها **أو مستعدة لهذا الاحتباس** . وبناء على ذلك اذا كان الزواج فاسدا فلا تستحق الزوجة نفقة زوجية وكذلك اذا كان الزواج صحيحا وفات الاحتباس بغير مسوغ شرعى وبسبب ليس من جهة الزوج . وفيما يلى نتعرض ببعض البيان لحالات لا يكون للزوجة فيها نفقة زوجية لفوات شروط وجوبها تطبيقا لما تقدم وذلك بعد ذكر بعض أحكام القضاء في الموضوع :

٢١٦ - وقد حكم بأن الزوجة تستحق النفقة على زوجها الذى كان ينكر زوجيتها من تاريخ دعواها الزوجية مهما تأخر الحكم بها(٢) .

---

(١) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٦٦٢ .

(٢) محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ١٩٢٦/١٢/٢٩ المحاماة الشرعية س/١ ع/٤ رقم ٨٨ ص ٣٠٦ .

وبأنه تجب النفقة للزوجة المحكوم بزوجيتها التى كان الزوج ينـكرها ابتداء من تاريخ الحكم بتلك الزوجية (مادام لم يستند الى تاريخ سابق عليه) لاعن مدة فيما قبله(١) ٠

وبأنه لا يستمر فرض النفقـة المفروضة بسـبب أن الزوجية قائمة اذا انقطعت هذه الدورية ولا تعود بعودها بل لابد من فرض جديد (٢) ٠

وبأنه لاحق للزوجة في مطالبة والد زوجها بنفقتها(٣) ٠

وبأنه اذا طالبت الزوجة زوجها بفرض نفقتها وأمر والده كفيله بأدائهـا فدفع هذا الكفيل بقيام الزوج بالانفاق عليها وأقام الدليل على دفعه تعين لهـذا رفض الدعوى بالنسبة للاصيل والكفيل(٤) ٠

وحكم بأن عدم الزفاف دليل عدم الانفاق عرفا(٥) ٠

وحكم بأن اقرار المدعى عليه بزوجيـة المدعية ومعاشرته لهـا كزوجـة ووضعهـا منه بنتين في بطن لا يمنع من الحكم عليه بالزوجية الصحيحة تقريره أن ذلك بدون عقد ولا انفاق لأن معنى هذا قد يكون عدم تدوينه كتـابة

---

(١) محكم منوف الشرعية في ١٩٣٠/١/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٣ رقم ٢٦ ص ٢٧٠ ٠ وقد تأيد الحكم في الاستئناف ٠

(٢) محكمة بورسـعيد الشرعية ١٩٣١/١٢/٥ المحاماة الشرعية س/٣ ع / ٦ رقم ١٦١ ص ٥٥٨ ٠

(٣) محكمة مصر الابتـدائية الشرعية في ١٩٢٥/٧/٨ المحاماة الشرعية س/٢ ع/٥ رقم ٥٤ ص ٤٥٤ ٠

(٤) محكمة شبراخيت الشرعية في ١٩٢٩/٤/٢٤ المحاماة الشرعية س/ ٣ ع / ٨ ص ٧٥٦ ٠ وقد تأيد في الاستئناف وانظر كذلك كفر الزيات الشرعية رقم ٢٩ ص ٢٧٧ س / ٢ ٠

(٥) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س/ ٣ ع/ ٤ رقم ٩٣ ص ٣٦٦ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

بشكل رسمى ، خصوصا مع امتناع المدعى عليه عن الحضور الى المحكمة لمناقشته لما قررت حضوره[١] ٠

وحكم بان الشهود على النكاح اذا لم يحضروا العقد تقبل شهادتهم متى شهدوا بالشهرة ما لم يصرحوا بالسماع ٠ وبأنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح متى رأى اثنين يتعاشران معاشرة الأزواج وبأن امتناع المسئول عن الاجابة حين استجوابه عن الزوجية المدعاة عليه مما يعزز عدم صحة انكاره لدعوى الزوجية[٢] ٠

وحكم بأنه اذا رفعت دعوى الزوجية استقلالا فانه يشترط لسماعها بيان شرائط صحتها شرعا (جامع الفصولين في دعوى الزوجية) ٠ وبأن اثبات الزوجية يكتفى فيه بأحد ثلاثة أشياء : **الأول** التصادق على الزوجية بدون حاجة الى شيء آخر ٠ **الثانى** شهود العقد ٠ **الثالث** الشهادة بحصول الزوجية بناء على العشرة (جامع الفصولين في الشهادة بتسامع وشهرة) ٠ وبأن العشرة متى ثبتت كانت عشرة الزوجية لاعشرة الصداقة لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف هذا النوع ولا تعترف به فمتى رؤى اثنان يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وسع من رآهما كذلك أن يشهد بالزوجية بينهما وعلى القاضي أن يقضي بها لأن الأعراض ليست محل تلاعب أو استهتار[٣] ٠

---

(١) الجمالية الشرعية في ١٩٢٩/٣/٤ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٢ ص ١١٥ رقم ٤٠ ٠ وقد كانت الدعوى دعوى زوجية وأنكر المدعى عليه كليا وله اعتراف في شكوى بوليس بأنه تزوج المدعية بدون عقد وعاشرها كزوجة ولم يكتب عليها حتى الآن ٠ والمدعية قررت أن العقد حصل بايجاب وقبول أمام شاهدين مسلمين ٠ وقد قالت المحكمة ان هذا عقد شرعى تثبت به الزوجية بمجرد صدوره ولا يلزم تدوينه كتابة أو حصوله على يد مأذون رسمى

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٠/١٢/٢٢ المحاماة الشرعية س/٢ ع/٤ رقم ٤١ ص ٣٣٥ ٠ وقد تأيد الحكم استئنافيا ٠

(٣) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣١/٧/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١ رقم ٢٣ ص ٩١ ٠ وقد تأيد الحكم استئنافيا ٠

وحكم بأنه كما تثبت الزوجية بشهادة شـهود العقد فانها تثبت بالشهادة على الشهرة والمعاشرة (١) ٠

وبأنه لا يقبل لرفع دعوى الزوجية بالتناقض لأنه في الحل والحرمة مغتفر٠ وبأن القرينة والشهادة على رؤية المتداعيين يتعاشران معاشرة الأزواج ممـا يكفى لثبوت الزوجية (٢) ٠

وحكم بأنه لا يشترط لصحة عقد الزواج أن تسبقه خطبة وأنه لو شـهد أحـد الشاهدين بالنكاح والآخر بالتزويج قبلت الشـهادة لاتحاد معناهما ، وكذا الهبة والعطية ونحوها كما في متن الدر وشرحه ٠ وأن النكاح ينعقد أيضا بالألفاظ المصحفة (كزوزت ونحوها) (٣) ٠

وبأن الزواج مما لا يخفى على الزوجين لأن ركنه الايجاب والقبول منهما شرعا فلا يغتفر التناقض في دعوى الزوجية ولا تقبل دعوى امـرأة انهـا زوجة لرجل اذا كانت قد اعترفت بانهـا زوجة لغيره في نفس الوقت (٤) ٠

---

(١) محكمة كفر صقر الشرعية في ١٩٣٢/٧/٢٦ المحاماة الشرعية س/٤ رقم ٢٥ ص ٧٣ ٠ وقد تأيد الحكم في الاستئناف ٠ ومما جـاء في الحكـم ان المنصوص عليه شرعا ان دعوى الزوجية يشترط لسـماعها بيان شهود صحتها شرعا ولكن اثباتها يكتفى فيه بواحدة من ثلاثة : **الأول** التصادق على الزوجية **الثانى** شهود العقد ٠ **الثالث** شهود الشهرة أى الشهادة بحصول الزوجيـة بناء على المعاشرة وقد نص الفقهاء ايضا في الشهادة بالتسامع والشهرة ومنها النكاح حتى لـو رأى رجلا يدخل على امـرأة وسمع من الناس انها زوجته وسـعه أن يشهد أنها زوجته وان لـم يعاين العقد ٠ وفي الدر : ويشـهد من رأى رجلا وامرأة بينهما انبساط الأزواج أنها زوجته ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٧ ص ٢٠٩ ٠

(٣) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٢/٨/٧ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢١٣ ص ٦٥٩ ٠

(٤) محكمة طنطا الجزئية الشرعية س/٣ ع/٤ رقم ٩١ ص ٣٦٣ المحاماة الشرعية ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

وحكم بأنه لا تسمع دعوى الزوجية عند الانكار الا بوثيقة زواج رسمية . وبأن اقرار منكر الزوجية بالخطاب المرسل منه الى مدعية الزوجية الذى صرح لها فيه بكلمة (زوجتي) يعتبر اقرارا منه بالزوجية يترتب عليه سماع الدعوى . وبأن انكار الزوج للزوجية بعد الخطاب السابق بدعوى كلمة (زوجتى) الواردة به كلمة حب فقط يعتبر رجوعا عن الاقرار بغير دليل . وبأن حلفه بالطلاق وكتابة وصف المهر الذى اعترف أمام القضاء بتوقيعه عليه دليل على ثبوت الزوجية وبأن المراد بالانكار الوارد في المادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ هو الانكار الذى لم يوجد اقرار سابق ينافيه ولو لم يكن أمام القضاء مادام ثابتا بالطريق الذى بينه القانون وبأن الاعتراف بالخطاب المتضمن اقرارا صحيحا بالزوجية يعتبر اقرارا أمام مجلس القضاء . وكذلك الاقرار بالتوقيع على ورقة تثبت حقا وعدم الطعن عليه يعتبر اقرارا بنفس الحق (١) .

وحكم بأنه اذا ادعى رجلان نكاح امرأة وبرهنا معا وكانت المرأة حية وأرخا وكان تاريخ احدهما أسبق يقضي بها للاسبق . وبأنه متى تزوج امرأة غيره ودخل بها عالما بزواجها من ذلك الغير لا يحرم على زوجها الأول وطؤها لأن نكاح الثانى لها والحالة هذه انما هو زنى (٢) .

---

(١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٨ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ٨ ص ٧٤١ رقم ١٥٢ .

(٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/١١/٣ المحاماة الشرعية س /٨ع/٤،٥،٦ص٢١٩ رقم ٥٧ . ومما جاء في الحكم أن الفقه يقضى بأنه اذا ادعى رجلان نكاح امرأة وبرهنا معا وكانت المرأة حية وأرخا وكان تاريخ أحدهما أسبق فانه يقضي بها للأسبق تاريخا لأن البرهان أثبت نكاحه اياها في وقت لم ينازعه فيه منازع فيستمر النكاح ثابتا حتى يوجد سبب شرعى يرفعه ولم يوجد . كما أن الفقه يقضي بان من تزوج امرأة غيره ودخل بها عالما بزواجها بذلك الغير لا يحرم على زوجها وطؤها لأن هذا الدخول في هذه الحالة زنى والمزنى بها لا تحرم على زوجها (جـ / ١ الدر المختار في باب العدة ص ٦٢٥ ، ٦٣١) .

وحكم بان اضطراب المدعى وتناقضه في أقواله سيما اذا تعلقت دعواه بحل أو حرمة وتأخره في تقديمها للمحكمة مدة طويلة بدون عذر قرينة على كيدية الدعوى . وبأن النكاح يرتفع بين الزوجين بقول أخرى انها أرضعتهما اذا صدقها الزوج ولو كذبتها المرأة . ولا يصدق في حق المهر كما لو أقرت انها اخته من الرضاع وكان ذلك بعد الدخول ، فرق بينهما . وبأن الزوج يعامل باقراره بالنسبة لحق الله في التفريق ولا تتوجه فيه اليمين الى الزوجة كما لاتتوجه اليها بلا طلب في ادعائه بطلان حقها فيما ترتب على العقد لصدوره باطلا (كالنفقة) لأن ذلك حق الزوج وعليه اثباته(١) .

وحكم بأن كلمة (حرم) تقال عرفا للمطلقة كما تقال للزوجة فلا تدل في التخاطب كتابة على قيام الزوجية(٢) .

وأفتي بأنه لاقيمة للاتفاق المبدئى على الزواج ومقدار المهر (مقدمه ومؤخره) فلكل من طرفيه حق الرجوع فيه واسترداد ما سبق دفعه(٣) .

وحكم بان نكاح المطلق مطلقته طلاقا مكملا للثلاث نكاح باطل . وبأن الوطء في النكاح الباطل مع العلم بالحرمة محض زنى ويجب فيه الحد ولا يترتب عليه مهر مطلقا(٤) .

وحكم بأن المرتد لا دين له وزواجه باطل شرعا ولو بمرتدة مثله(٥) .

---

(١) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/٢/٢ المحاماة الشرعية س/٧ ع/٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٥٥ رقم ١١٦ .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٤/١٢/٣ المحاماة الشرعية س/١ ع/٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٠٩ رقم ١٠٢ .

(٣) دار الافتاء المصرية في ١٩٣٤/٦/٧ المحاماة الشرعية س/٦ ع/٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٨٣ رقم ١٣ . المفتى : الشيخ عبد المجيد سليم .

(٤) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٧/٨/٢٤ المحاماة الشرعية س/٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٣١٦ رقم ٧٥ .

(٥) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٣ المحاماة الشرعية س/٣ ع/٩ ، ١٠ رقم ٢٩٥ ص ٩١٨ وقد تأيد في الاستئناف .

وحكم بانه لا اعتبار لعدم البكارة في صحة النكاح وعدمها لأن الاتفاق على الأصل وهو النكاح اتفاق على ما يتبعه · فلا يجاب الزوج الى طلب فسخ النكاح بعد الدخول لانعدام البكارة لأن مجرد الدخول رضاء بذلك النكاح[١] ومما جاء في الحكم : اذا تزوج امـرأة بشرط أنهـا بكر فوجدها ثيبا صـح النكاح ولزمه كل المهـر للدخول فان طلقها قبله وجب نصفه (عن الفتاوى المهـدية ج/١ ص ٢٨)

وفيما يلي نتعرض بالبيان لحالات لايكون للزوجة فيها نفقة زوجية لفوات شروط وجوبها ·

٢١٧ — كون الزواج فاسـدا : الزوجة في الزواج الفاسـد لا تستحق نفقة زوجية على الزوج لان الشارع لا يرتب آثارا على الزواج الفاسـد وليس فيه احتباس مشروع بل ان التفريق بين الطرفين واجب بحكم القضاء ان لم يفترقا ولكل واحـد من المسلمين اذا علم بفساد النكاح ان يرفع الدعوى حسبة للقضاء طالبا التفريق ·

وعلى ذلك فاذا تزوجها وبقى على ذلك زمنا ثم علم بفساد النكاح كأن تكون اخته رضاعا ، فان كان دفع لها نفقة الزوجية بحكم القضاء فان له ان يسـترد ما دفع لأنهـا غير واجبة عليه لفسـاد النكاح ولأنه كان في الدفـع مضطرا لتنفيذ حكم القضاء الذى بنى على وجود الاحتباس في زوجية صحيحة · الامـر الذى تبين عدم تحققه · اما اذا كان دفع لهـا النفقة رضـاء فانه لا يسترد ما دفـع لان احتمال انه دفع لهـا النفقة تبرعا منه لهـا قائم ، وان كنا لا نـرى داعيـا لهذه التفرقة ، ذلك لانه وان كان دفع لهـا بالرضاء لكنه دفع لهـا النفقة بصفتها زوجة له في زوجية صحيحة كان فيها الاحتباس ، وبيان فسـاد النكاح مؤداه انه دفع ما لا يجب عليه شرعا فيكون له طلب رده كما في حالة الدفع بحكم القضاء[٢] ·

---

(١) محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٣/٢/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٨ ع/ ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٩ رقم ٦٧ وقد تأيد في الاستئناف ·

(٢) تنوير الابصار والدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٦٦١، ٦٦٢ · وقد جاء في حاشية ابن عابدين انه جاء في الفتاوى المهـدية عن الذخيرة : « ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض لها القاضي النفقة واخذتها =

٢١٨ - وقد حكم بان ادعاء الزوج فساد عقد زواجه بزوجته بزعمه عدم دخول من تزوجها بها بعد طلاقها منه ثلاثة (المحلل) يقتضي الحكم بالتفريق ولا يمنع من اجابة طلب فرض نفقتها عليه (١) .

وحكم بأنه اذا انفق الرجل على امرأة في نكاح ظهر فساده أو بطلانه وكان انفاقه من نفسه بدون أمر من القاضي فليس له أن يرجع عليها بما أنفق. وبأنه اذا أنفق على امرأة في نكاح ظهر فساده أو بطلانه وكان يعلم فساد النكاح أو بطلانه عند عقد الزواج أو عند صدور حكم بالنفقة عليه فليس له أن يرجع عليها بما أنفق ولو كان انفاقه بناء على حكم من القاضي (٢) .

وحكم بأنه لانفقة في نكاح باطل أو فاسد ولافي عدته .

وبأنه لاعدة بعد وطء في نكاح فاسد أو باطل اذا كان الواطىء عالما بالحرمة . وأن المنكوحة نكاحا باطلا تمنع من المطالبة بالمفروض لها من النفقة بسبب هذا النكاح متى طلب المحكوم عليه ذلك (٣) . واستند الحكم على أن النفقة تجب للزوجة بنكاح صحيح فلو بان بطلانه أو فساده رجع بما اخذته من النفقة في الفاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بالنكاح بل لتحصين الماء ولأن حالة العدة لاتكون أقوى من حال النكاح(٤) وقال ان هذا هو حكم الفقه في المسألة المعروضة .

= شهرا ثم ظهر فساد النكاح بان شهدوا انها اخته رضاعا وفرق بينهما رجع عليها بما اخذت ولو انفق بلا فرض القاضي لم يرجع بشيء » .

(١) محكمة أسيوط الشرعية في ١٩٣٤/١٢/١ المحاماة الشرعية س ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٨٠٤ رقم ٢٢٨ . ولم يستأنف الحكم .

(٢) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٨/٦/٢١ المحاماة الشرعية س ١٠ ع ٢ ص ١٧٩ رقم ٤٩ .

(٣) محكمة الاسماعيلية الشرعية في ١٩٣٧/٨/٢٤ المحاماة الشرعية س٨ ع ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٣١٨ رقم ٧٦ . وقد استؤلف وتأيد .

(٤) من ذلك : ابن عابدين وكذا فتح القدير في باب النفقة ففيه أنه عد ممن لا نفقة لهن : المنكوحة نكاحا فاسدا .

٢١٩ - الصغيرة : قد تكون الصغيرة غير مشتهاة وغير صالحة للخدمة أو الاستئناس بها وقد تكون صالحة للخدمة أو الاستئناس ولكنها غير مشتهاة وقد تكون مشتهاة ايضا .

فان كانت الاولى فانه طبقا للمذهب الحنفى لا تجب لها النفقة لان الاحتباس الذى تستوفى به احكام النكاح غير موجود فيها ولما كان هو سبب وجوب النفقة فان عدمه يترتب عليه عدم المسبب وهو النفقة .

وان كانت تصلح للخدمة أو للاستئناس فعند ابى حنيفة ومحمد لا تجب لها النفقة لان احتباسها لا يؤدى الى المقصود من الزواج ، اما ابو يوسف فقد قال ان النفقة تجب لها ان امسكها في بيته وان لم يفعل فلا نفقة لها فهو مخير في ذلك ، وقول ابى يوسف هو القول المفتى به في المذهب الحنفى .

واذا كانت الصغيرة مشتهاة وهى التى يمكن الدخول بها فان النفقة تجب لها على زوجها لان الاحتباس هنا يؤدى الى مقصود الزواج فحكمها في وجود النفقة هو حكم الكبيرة .

٢٢٠ - المريضة : اذا مرضت الزوجة قبل ان تزف الى زوجها ولم يمكن بسبب المرض ان تنقل الى بيت الزوج فانه لا نفقة لها لعدم وجود الاحتباس لا حقيقة ولا تقديرا .

وان لم يمنع المرض من نقلتها لمنزل زوجها ولم تمنع هى نفسها أو كان المرض بعد النقلة لمنزل زوجها فان النفقة واجبة لها وان منع المرض من المباشرة الجنسية وذلك لان الاحتباس في هذه الاحوال متحقق وكونه لا يؤدى الى مقصود الزواج مؤقتا فليس بمانع لانه عارض فهو كالنفاس والحيض ، وفضلا عن ذلك فاحكام الزواج يمكن استيفاؤها في الجملة ومن ذلك انه يستأنس بها وتحفظ البيت . يضاف الى ما تقدم انه ليس من حسن العشرة ان يترك الزوج زوجته

في مرضها دون انفاق فيجب ان يتحمل كل الآخر في المرض كما يحصل في الصحة (١) ٠

وقد استحدثت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر نصا حل محل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م ٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ، وهذا النص جاء فى الفقرتين الثانية والثالثة منه على الآتى : « ٠٠٠٠ ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها للنفقة ٠ وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف » ٠

وعن الفقرة الثانية قالت المذكرة الايضاحية أن هذا النص جاء بما ذهب اليه مذهب الزيديه وتقتضيه نصوص فقه الامام مالك من أن ثمن الأدوية وأجرة الطبيب من نفقة الزوجة ، وعدل المشروع بهذا عن مذهب الحنفية في هذا الموضع ٠

وحسنا فعل هذا النص لأن حسن المعاشرة تجعل على الزوج ما تحتاجه زوجته في المداواة حتى ولو كانت غنية ، وقد كان السارى قبل هذا التعديل هو

---

(١) ما في الصلب هو رأى ابى حنيفة ومحمد الراجح وعليه العمل ٠ وروى عن ابي يوسف انه لا نفقة لها قبل ان تنتقل لمنزل زوجها واذا نقلت وهى مريضة فله ان يردها فان لم يفعل تجب النفقة لرضائه بالاحتباس الناقص ٠ وهذا في التى مرضت قبل الزفاف مرضا يمنع من استيفاء احكام النكاح لكنها لم تمتنع عن الانتقال الى الزوج ٠

ويلاحظ انه لا يلزم الزوج بمداواة زوجته ، فليس عليه مثلا ثمن الدواء ولا اجرة الطبيب سواء اكان هذا الاجر لقاء توقيع الكشف الطبى عليها أو مقابل اجراء جراحة أو نحوها لها ٠ ومرد ذلك ان ما تقدم ليس من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ٠ ونرى ان حسن المعاشرة الزوجية تجعل على الزوج ما تحتاجه زوجته في المداواة حتى ولو كانت غنية ٠

(راجع ابن عابدين وعلى هامشه تنوير الابصار والدر المختار جزء / ٢ ص ٦٦٣ ـ ٦٦٦) ٠

ان الزوج لا يلزمه ثمن الدواء ولا أجرة الطبيب سواء أكان هذا الأجر لقاء توقيع الكشف الطبى عليها أو مقابل اجراء جراحة أو نحوها لها ٠ وكان مرد هذا الحكم ان ما ذكر ليس من النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ٠

٢٢٠ مكررة ـ وقد حكم بأنه اذا لم يتحقق احتباس الزوجة لمصلحة الزوج لمانع ليس من قبله سقطت عنه النفقة ٠ وبأن سبق الحكم باسكان الزوجة المعتوهة والمصابة بشتى الأمراض بمنزل لائق بصحتها تحت اشراف ابنتها القيمة عليها مانع من الحكم بنفقتها على زوجها حيث قد حرم حق الاحتباس لمصلحته خصوصا اذا دعاها للعودة الى منزله فامتنعت وكان نقلها ممكنا ٠ وبان تأخر طلب فرض النفقة الى ما بعد الحكم بالطاعة وكذلك يسار الزوجة يسارا عظيما وتقرير المجلس الحسبى لها مبلغا عظيما من مالها شهريا مع أنها في حالة غيبوبة دائمة وذهول مستمر دليل على قصد الكيد للزوج لايجاب معه طلب فرض نفقتها عليه(١) ٠

وحكم بان جنون الزوجة لا يمنع من وجوب النفقة لها متى كانت أهلا للاحتباس (الواجب للنفقة) ولو في الجملة ٠ وبأن سكوت الزوج مدة طويلة عن المطالبة بابطال نفقة زوجته المجنونة قرينة صلاحيتها للاحتباس ٠ وبأن المفتى به أن الزوجة المريضة لها النفقة ما لم تمنع نفسها بغير حق والجنون مرض من الأمراض وقد يكون أقل خطرا من كثير منها (٢) ٠

٢٢١ ـ وحكم بأن الغرض المقصود من النكاح ليس هو المخالطة الجنسية فقط ، بل الزواج له مقاصد أخرى غير الوطء يمكن استيفاؤها ٠ وبأن رضاء الزوج بمعاشرة زوجته المدة الطويلة وهى غير صالحة للوطء دون أن يطلقها

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٨/٥/٢٦ المحاماة الشرعية س/٩ ع/٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ ٠

(٢) محكمة ملوى الشرعية في ١٩٣٣/٥/٩ المحاماة الشرعية س ٤ ٠ رقم ٢٥٨ ص ٨٠٧ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

دليل رغبته في استيفاء تلك المقاصد فتكون محتسبة لذلك وتستحق النفقة عليه (١) ٠

وفي فتوى صادرة من دار الافتاء المصرية قالت : ان تجهيز الزوجة عند وفاتها واجب على زوجها كالنفقة متى كانت واجبة عليه الا أنه لو جهزها أبوها لا يكون له حق الرجوع بما أنفق ما لم يكن مأذو نا من قبل الزوج أو من قبل القاضي والا فهو متبرع (٢) ٠ وقد جاء في الفتوى أن المفتى به هو مذهب أبى يوسف من وجوب كفن المرأة ولو غنية على زوجها خلافا لمحمد ٠ هكذا أطلقت عبارة الفقهاء لكن رأيت في رد المحتار من الجزء الأول نقلا عن الحلية ما نصه : (ينبغى أن يكون محل الخلاف ما اذا لم يقم بها مانع يمنع الوجوب عليه حالة الموت من نشوزها أو صغرها أو نحو ذلك) ٠ قال ابن عابدين :

وهو وجيه لأنه اذا اعتبر لزوم الكفن بلزوم النفقة يسقط بما يسقطها ا٠ هـ٠

وقد جاء في تنقيح الحامدية من باب الوصي بعد كلام ما نصه :

(قال الخير الرملى في حاشيته الفصولين ، يستفاد من قوله ووجب كفنه على ورثته أنه لو لم يجب عليهم كتكفين الزوجة اذا صرفه من ماله غير الزوج بلا اذنه أو اذن قاض فهو متبرع كالأجنبى فيستثنى تكفينها بلا اذن مطلقا بناء على المفتى به من أنه على زوجها ولو غنية لأنه قد أدى عن الغير ما هو واجب عليه فيكون متبرعا كما هو ظاهر ا٠ هـ٠ أى يستثنى ذلك من قوله لو كفن الميت الوصي أو أحد الورثة بكفن المثل يرجع لأن كفن الزوجة غير واجب في تركتها حتى يصح تصرف الوصي أو الوارث بل هو واجب على زوجها

---

(١) محكمة طلخا الشرعية في ١٦/٥/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦ ع/٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٨٥ رقم ٢٢١ ٠

(٢) دار الافتاء المصرية ٠ الشيخ عبد المجيد سليم في ٣١/١٠/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦ ع/٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٨٩ رقم ١٨ ٠

فيكون المكفن متبرعا في اسقاطه واجبا على غيره بلا اذنه كما لو تبرع بأداء دينـه) ٠

أما اذا لم تكن نفقتها قبل الموت واجبه على زوجها بأن قام بها مانع يمنع الوجوب عليه حالة الموت من نشوزها أو صغرها ونحو ذلك كان كفنها حينئذ في مالها وحينئذ اذا كفنها والدها كفن المثل كان له الرجوع بما صرفه في ذلك في تركتها بلا حاجة الى اذن باقى الورثة ٠

٢٢٢ ـ الزوجة المحبوسة : اذا حبست الزوجة ولو ظلما فان الذى عليه الفتوى في المذهب الحنفى انها لا تستحق النفقة مدة الحبس ، سـواء اكان الحبس قبل النقلة الى الزوج او بعدها ، لان المعتبر في سقوط نفقة الزوجة فوات الاحتباس بشرط الا يكون من جهة الزوج ٠ وعلى ذلك فاذا حبست في دين لا تستطيع اداءه فان نفقتهـا تسقط مدة الحبس ٠ واذا كان الحبس بسبب الزوج كأن يكون في دين له عليهـا فان نفقتهـا لا تسقط لانه رضي بفوات حقـه في الاحتباس بسبب من جهتـه ٠

وقد بينت الفقرة الرابعـة من المـادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسـنة ١٩٧٩ أحوالا لا تجب فيهـا نفقة الزوجـة على زوجها فقالت : « ولا تجب النفقة للزوجة اذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها بدون حق أو اضطرت الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج » ٠

وقالت المذكرة الايضاحية : « ٠٠٠٠ أبان المشروع في الفقرة الرابعة من هذه المـادة أحوال سـقوط نفقة الزوجـة في حالة ارتدادها عن الاسـلام أو امتناعها مختارة عن تسليم نفسـها لزوجها بدون حق أو اضطرارها الى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج كما اذا حبست ولو بغير حكم أو اعتقلت أو منعها أولياؤها من القرار في بيت زوجها » ٠

٢٢٣ ـ المغصوبة : اذا اخذ رجل الزوجة وذهب بها كرها عنها فـان نفقتها على زوجها تسقط لفوات الاحتباس بسبب ليس من الزوج ٠ وهـذا

ظاهر الرواية وعليه الفتوى · ومقابله ما روى عن ابى يوسف ان لها النفقة · لان فوات الاحتباس لم يكن من قبلها باختيارها · والتقييد بكون الغصب كرها لانه لو ذهب بها على صورة الغصب لكن برضاها فلا خلاف في هذه الحالة اذ لا شك في كونها ناشزة ·

٢٢٤ - المسافرة : اذا سافرت الزوجة للحج ولو لاداء الفريضة وكانت معه وهو الذى اخرجها فتلزمه نفقتها على انها نفقة سفر لا اقامة ، كما تلزمه مصاريف السفر ، اما اذا خرج معها ولم يكن هو الذى اخرجها فتلزمه نفقة الحضر بمعنى انه ينظر الى قيمة الطعام في الحضر لا في السفر وعلى ذلك لا تلزمه نفقة السفر ولا اجره لانه خرج لاجلها ، وانما لزمته النفقة هنا لوجود الاحتباس ·

واذا سافرت ولو كان السفر للحج من غير مصاحبة الزوج ولكن مع ذى رحم محرم منها كاخيها أو عمها فلا نفقة لها لان هذا السفر يفوت الاحتباس وقال ابو يوسف : انها لو سافرت لاداء فريضة الحج مع محرم لها فلها نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان السفر لاداء فريضة الحج عذر لها فضلا عن انه لا عصيان في سفرها لكونها مع ذى رحم محرم منها ·

ولا خلاف في ان السفر ولو لفريضة الحج اذا كان بدون زوج أو رحم محرم مسقط لنفقتها ، لانه مفوت للاحتباس فضلا عن كون الزوجة عاصية لسفرها وحدها والحج لا يكون مع عدم الاستطاعة ومن أحوال عدم الاستطاعة عدم وجود زوج أو قريب محرم للزوجة يصاحبها ·

٢٢٥ - وقد حكم بأن سفر الزوجة بدون اذن زوجها معصية فلا تلزمه مصاريف سفرها هذا[١] ·

---

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٤/١٠/٧ المحاماة الشرعية س / ٧ ع/٩ ، ١٠ ص/٨٤ رقم ٢٢٨ ·

٢٢٦ - الزوجة المحترفة : اذا كان للزوجة عمل تباشره خارج البيت ويستغرق وقتا كأن تكون محامية أو معلمة أو موظفة في اية وظيفة أو قابلة أو نحوها فان للزوج منعها من مباشرة هذه الوظيفة فان لم تطعه في ذلك تكون ناشزة قد فوتت عليه الاحتباس الكامل فتسقط نفقتها مدة النشوز هذه واذا لم يمنعها الزوج وقبل مباشرتها وظيفتها أو عملها فان نفقتها عليه لا تسقط لرضائه بالاحتباس الناقص ولانها لا تكون ناشزة لانها لم تخالف له امرا .

وقد بينت الفقرة الخامسة من المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الأحوال التى لا تعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية فقالت : « ولا يعتبر سببا في سقوط نفقة الزوجية خروجها من مسكن الزوجية - بدون اذن زوجها في الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع أو يجرى بها العرف أو عند الضرورة ، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة الحق أو مناف لمصلحة الأسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه » .

وقالت المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة : « كما أفصح المشروع عن الأحوال التى لا يعتبر فيها خروج الزوجة بدون اذن زوجها سببا مسقطالنفقتهاعليه،فقال انها الأحوال التى يباح فيها ذلك بحكم الشرع كخروجها لتمريض أحد أبويها أو تعهده أو زيارته ، والى القاضي لطلب حقها ، كذلك خروجها لقضاء حوائجها التى يقضي بها العرف ، كما اذا خرجت لزيارة محرم مريض ، أو تقضي به الضرورة كاشراف المنزل على الانهدام أو الحريق ، أو اذا أعسر بنفقتها ، ومن ذلك الخروج للعمل المشروع اذا أذنها الزوج بالعمل أو عملت دون اعتراض منه أو تزوجها عالما بعملها .

وذلك ما لم يظهر أن عملها مناف لمصلحة الأسرة أو مشوب باساءة الحق وطلب منها الزوج الامتناع عنه .

وغنى عن البيان أن الفصل عند الاختلاف في كل ذلك للقاضي .

٢٢٧ ـ الزوجة الناشزة : هى التى خرجت من بيت زوجها بلا اذنه بغير وجه شرعى أو امتنعت عن الانتقال اليه بغير حق أو منعته من الدخول عليها في بيتها المقيمة معه فيه ولم تكن قد سالته النقلة فابى . والزوجة الناشزة لا تستحق نفقة زوجية في مدة النشوز حتى تعود الى طاعة زوجها .

وعلى ذلك فاذا تركت بيت الزوج بدون ان يأذن لها ولم يكن لها وجه شرعى في هذا الخروج فهى لا تستحق النفقة حتى تعود فتكون لها النفقة منذ عادت وتسقط النفقة خلال مدة النشوز .

والخروج قد يكون حكميا فان كان يقيم في منزل لها بالملك أو الاجارة ومنعته من الدخول عليها فهى تعد كالتى خرجت من بيته فلا تكون لها نفقة خلال مدة منعها الزوج من الدخول عليها للنشوز ما لم تكن قد سألته النقلة بان قالت له مثلا حولنى الى منزلك أو أكثر لى منزلا فانى محتاجة الى منزلى هذا آخذ اجرته وتركته المدة الكافية للبحث فلم يفعل فمنعته من الدخول فلا تسقط نفقتها لعدم النشوز .

ومن النشوز أن تمتنع الزوجة من الانتقال الى منزل الزوجية بغير وجه شرعى بعدما هيأ لها المسكن اللائق به ودعاها للدخول فيه فلا نفقة لها مدة الامتناع للنشوز . فاذا كان عدم الانتقال لمبرر مشروع كأن تمتنع حتى يوفيها عاجل صداقها أو ما تعورف على تعجيله من المهر ، أو يكون المسكن المعد غير مستوف الشروط اللازمة كأن يكون مشغولا بسكن الغير أو تنقصه الادوات اللازمة فان نفقتها لا تسقط ولا تعد ناشزة .

ولا تعد الزوجة ناشزة ايضا اذا منعت **زوجها من الاستمتاع بها وهي في منزله لأن** الزوج متمكن منها على كل حال فلا تسقط نفقتها مدة منعها له .

وهل يعد امتناع الزوجة عن السفر مع **الزوج نشوزا** يسقط نفقتها في مدة الامتناع ؟

اختلفت في هذه المسألة وجوه النظر :

فالمتقدمون من الفقهاء على ان الزوجة ليس لهـا الامتناع عن السـفر مع زوجها لان الاساس في الحياة الزوجية ان يعيش الزوجان سـويا ولكن افتى بعض المتأخرين من الفقهـاء بان الزوجة لها ان تمتنع عن السـفر مع زوجهـا تأسيسا على ان الزمن فسـد والزوج يظلم زوجته اذا نقلها الى بلدة اخرى دون أن تتمكن من ان تستغيث عليه باحـد لانهـا ليست بـين قومها ٠ والذى عليه العمل في جمهورية مصر العربية والموافق للعـدل هو ان الزوج اذا كان امينا على الزوجة ولم يقصد المضارة من نقل زوجته واوفاها عاجل مهرها أو ما تعورف على تعجيله فليس لها ان تمتنع عن مصاحبته وان امتنعت تكون ناشزة وتسقط نفقتها مـدة الامتناع ٠

٢٢٨ ـ ولاتستحق الناشز نفقة مدة النشوز :

وقد حكم بأن الناشز لا تستحق النفقة شرعا على زوجها ما دامت ناشزا عقوبة لها على معصيتها التى لا تقر عليها ٠ وأن عرض الزوجة نفسها على زوجها للطاعة لا يعتبر طاعة متى كان العرض من غير طريق جهة الادارة التى لها ولاية التنفيذ وكانت هناك خصومات بين الزوجين ٠ وان عدم امتثال الزوجة لحكم الطاعة الصادر صلحا لا يكفى دليلا على النشوز بل لابد من دليل آخر مثبت له (١) ٠

وبأن دخول الزوجة مسكن الطاعة قبل الحكم بالطاعة لا يعتبر رضـاء منها بالحكم يمنـع من الطعن فيه بالطرق المقـررة قانونا فاذا حكم عليهـا بالطاعة في مسكن فامتنعت من الدخول فيه بغير حق الى أن أصبح الحكم نهائيـا كانت ناشزا من تاريخ الحكم بالطاعة (٢) ٠

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٨/٥/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٦ ص ٥٣٣ رقم ١٠٥ ٠

(٢) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٧٨ رقم ١٢٦ ٠ تأيد في الاستئناف ٠

وبأن رضاء الطرفين بالمعاينة قبول منهما لنتيجتها ونزول منهما على حكمها فاذا دلت على أن بالمسكن أدوات فالحجز المتوقع بعدها من الزوجة على تلك الأدوات لا يدفع عنها دعوى النشوز بل تكون معه ناشزا لا تستحق النفقة على الزوج لأنه قصد به الى غرض غير مشروع فلا تعان عليه ٠ وأن تكرار الحجز من الزوجة على أدوات مسكن الطاعة أمارة قوية على نشوزها عنه فتؤخذ بها (١) ٠

وبأن تعرض الزوجة لزوجها في طلب ابطال أجرة المسكن دليل على نشوزها (٢) ٠

وبأن الحجز على أدوات المسكن الشرعى وعدم تمكن الزوجة من دخوله بسبب الحجز يكون عذرا مقبولا ولا يعتبر عدم وجودها في المسكن حينئذ نشوزا تسقط به نفقتها ولو كان الحجز منهاهى (٣) ٠

وبان المنصوص عليه شرعا أن المرأة تعتبر ناشزة متى كان المسكن شرعيا وهى خارجة عنه ٠ ويجب لاثبات النشوز اثبات شرعية المسكن أولا وخروجها منه أو امتناعها عن الدخول فيه ثانيا (٤) ٠

وبأن خروج الزوجة من المسكن اثناء خصومة بسبب تعديه عليها بالضرب لا يعتبر نشوزا ولا يسقط نفقتها (٥) ٠

---

(١) محكمة شبراخيت الشرعية ١٩٣٣/١/٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٥٣ رقم ٤٣ ٠ تايد استئنافيا ٠

(٢) الزقازيق الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦،٧،٨ ص ٧١٧ رقم ١٨٥

(٣) كرموز الشرعية ١٩٢٩/١٢/١٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٨ ص ٧٢٠ رقم ١٩٦ ٠

(٤) محكمة دمياط الشرعية ١٩٣٠/١/٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٦ رقم ١٤٩ ٠

(٥) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٠/٣/١١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٣ ص ٢٧٣ رقم ٧٧ ٠

وحكم بأن ضرب الزوج زوجته ضربا مبرحا ومعاقبته جنائيا على ذلك بالغرامة والتعويض مما لم يكن مألوفا في طبقة مثلها مانع من التعرض لها بمقتضي حكم النشوز السابق على هذا الضرب وموجب لسريان حكم النفقة السابق الحكم بعدم التعرض بتنفيذه للنشوز ٠ ومما جاء بالحكم أن خروج الزوجة من منزل الطاعة لضرب الزوج لها لا يعتبر نشوزا بل هى ما تزال في الطاعة ، وحسن المعاملة وقبحها يختلف باختلاف الوسط وبالبيئة ودرجات الناس وغير ذلك من الاعتبارات (١) ٠

وحكم بأنه اذا طلبت المدعية النفقة عن مدة سابقة فدفع المدعى عليه الدعوى بقيامه بالانفاق عليها في بعض هذه المدة الى تاريخ عينه وبنشوزها من ذلك التاريخ فان اقتصاره بالدفع بالانفاق على هذه المدة المعينة ودفعه بالنشوز من نهايتها قرينة قاطعة على عدم الانفاق في المدة من التاريخ المسند اليه النشوز المدفوع به (٢) ٠

وبأن ترك الزوج دعوة زوجته الى طاعته في المنزل الذى أعده لذلك يجعلها مستحقة للنفقة عليه ولا يقوم رفع دعوى الطاعة والسير فيها مقام دعوتها ٠ وأنه اذا كان المسكن غير مهيأ للسكن لا تعتبر الزوجة ناشزا بالامتناع عن طاعة زوجها فيه ٠ وبأنه قد جرى العرف في البلاد المصرية على أن لا تذهب الزوجة الى منزل زوجها من تلقاء نفسها وخاصة اذا كان النزاع قائما بين الزوجين (٣) ٠

---

(١) محكمة الاقصر الشرعية في ١٩٢٩/٩/١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٦٦ رقم ١٥٢ ٠ ولم يستأنف ٠

(٢) محكمة سنورس الشرعية في ١٩٣٢/١/٢٧ المحاماة الشرعية س/٥ ع/ ٩ ، ١٠ ص ٩٠٩ رقم ٢٤٩ وقد تايد استئنافيا ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/٦/٤ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٥ ص ٤٣١ رقم ٨٥ ٠

وحكم بأن عدم وجود أدوات المسكن فيه في اليوم المحدد لبيعها نظير متجمد النفقة مزيل لشرعية المسكن فلا تسمع معه دعوى اسقاط المفروض للنشوز من هذا التاريخ (١) ٠

وبأنه اذا دفعت الزوجة دعوى نشوزها من المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه بشغله كان هذا اقرارا منها بالنشوز (٢) ٠

وبأن الزوجة تكون ناشزا عن طاعة زوجها في المدة بين الحكم بالطاعة ابتدائيا وتأييده من الاستئناف ولا تكون ناشزا اذا عرضت نفسها للدخول في مسكن الطاعة فامتنع عليها ذلك وأثبت في محضر أحوال البوليس ثم عرضت نفسها على زوجها أمام المحكمة في عدة جلسات مع عدم اتخاذ الزوج اجراءات تنفيذ الحكم الصادر له بالطاعة (٣) ٠

وبأن النشوز يثبت بامتناع الزوجة من الدخول في المسكن المحكوم عليها بالطاعة فيه نهائيا ٠ ولا يقبل الدفع في دعوى نشوزها بزوال شرعيته لعدم وجوده لتناقضه مع تقريرها بدخولها فيه (٤) ٠

وبأنه يعتبر دفع المدعى عليها دعوى النشوز بزوال شرعية المسكن وعدم اثباتها اياه اقرارا منها بشرعية المسكن (٥) ٠

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٥/٢/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٨٧ رقم ٥٠ ٠

(٢) محكمة بني سويف الجزئية الشرعية ١٩٤٠/٣/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٣ ص ٢٧٥ رقم ٨ ٠ وقد تأيد استئنافيا ٠

(٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٧/١٤ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٦٩ رقم ٢٧٣ ٠

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/٣/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١ ص ٧١ رقم ١٢ ٠

(٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٩ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٣ ص ٢٥٧ رقم ٥٨ ٠

وبأن ضرب الزوج لزوجته ضربا غير مباح شرعا يكون به غير أمين عليها فلا تلزمها طاعته ولا تكون ناشزا يمتنع استحقاقها للنفقة (١) .

وبأن عدم ملكية الزوج للمنقولات المشتمل عليها مسكن الطاعة مانع من اعتبار زوجته ناشزا عن هذا المسكن (٢) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بناء على مجرد حكم بالطاعة مشمول بالنفاذ المؤقت مادام لم يصبح نهائيا (٣) .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا ولا تمنع من المطالبة بالفروض بخروجها من مسكن الطاعة الذى ثبت عدم كفاية أدواته في شرعيته بدلالة محضر الحجز الحاصل على ما في المسكن (٤) .

وبأن الزوجة لاتعتبر ناشزا مع ثبوت شغل المسكن بسكن الغير وعدم وجود أدواته بدلالة محضر الحجز (٥) .

وبأنه متى أعد الزوج لزوجته مسكنا شرعيا وعلمت به (حكم عليها بالطاعة فيه) وجب عليها المبادرة اليه والا اعتبرت ناشزا بدون توقف على تنفيذ حكم الطاعة . وبأنه اذا اذن الزوج زوجته بالبقاء خارج مسكن الطاعة فله أن يقطع هذا ألاذن في أى وقت (٦) .

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٠/١٠/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٥ ص ٤٦٦ رقم ١٢٤ .

(٢) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٦ ص ٥٤٠ رقم ١٥٠ .

(٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٠/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٦ ص ٥٤١ رقم ١٥١ .

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/٩/٢١ المحاماة الشرعية س / ٣ ع ٩ ، ١٠ ص ٨٥٠ رقم ٢٦١ .

(٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٢/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٥٤ رقم ١٢ .

(٦) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣١/٢/٢٤ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٩٠ رقم ٢٣٧ وقد تأيد الحكم في الاستئناف .

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا غير مستحقة للنفقة بمطالبتها بها عن مدة سابقة على التاريخ الذى أصبح كل من حكم النفقة وحكم الطاعة نهائيا ولا مع ترك الزوج المطالبة بالطاعة بعد ذلك (١) ٠

وبأنه لايجاب طلب الزوج أمر زوجته بالكف عن المطالبة بمفروضها للنشوز بثبوت ضربه اياها وايذائها حتى تقرر لها علاج وحكم عليه بغرامة من أجل ذلك (٢) ٠

وبأن خروج الزوجة من منزل زوجها من تاريخ استشكالها فى حكم الطاعة وعدم عودتها اليه يعتبر نشوزا مانعا من استحقاقها النفقة ولو ادعت ضربة اياها وايذاءها مما يستلزم تعزير الزوج حتى يقلع عنه (٣) ٠

وبأن عدم تقديم الزوجة نفسها لتنفيذ حكم الطاعة حسب أمر المحكمة دليل على نشوزها لا تكفى في نفيه الشهادة المرضية (٤) ٠

وبأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بمجرد الحكم بالطاعة بل لابد من طلبها الى المنزل بعد الحكم (٥) ٠

وبأن الزوجة لا تكون ناشزا اذا لم يمكنها الزوج من دخول مسكن الطاعة لأن المانع في هذه الحالة ليس من جهتها٠

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/٦/٢١ المحاماة الشرعية س / ٤ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧١٨ رقم ١٨٦ ٠

(٢) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٤/١٢/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٢٩ رقم ١٩١

(٣) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/١/٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٣١ رقم ١٩٢

(٤) محكمة عابدين الشرعية ١٩٣٢/٤/٢٠ المحاماة الشرعية س ٦ ع/ ١ ، ٢ ص ١٤٦ رقم ٣٨

(٥) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٥/١٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٤ ص ٣٣٩ رقم ٦٦ ٠

وأن حكم الطاعة النهائى لا يصلح (دائما) دليلا على النشوز في المدة السابقة على نهائيته اذ كثيرا ما يكون قضاء محكمة الاستئناف مبنيا على ما يظهر أمامها من مناقشة أو معاينة أو استفسار لا استنادا لأدلة الحكم الابتدائى ٠ وقول الفقهاء ان القضاء مقرر لا مثبت انما هو في الحقوق الثابتة التى لا تتجدد ولا تتغير ، وليست شرعية المسكن من هذا القبيل(١) ٠

وأن قبض الوكيل لمعجل الصداق ملزم للزوجة بالدخول والطاعة وامتناعها مع هذا نشوز لا تستحق عنه نفقة ولا يؤثر في هذا ادعاؤها تبديد الوكيل معجل الصداق(٢) ٠

وبأنه متى ثبت عدم وجود محل للطاعة من طريق رسمى (كمحضر حجز دل على ترك الزوج للمسكن الذى حكم على الزوجة بالطاعة فيه) فلا تعد الزوجة ناشزا ولا يجوز الحكم عليها بكف يدها عن المطالبة بما هو مقرر لها من نفقة زوجية(٣) ٠

وبأن الزوجة اذا رضيت بدخولها في بيت الطاعة ثم تعنتت وامتنعت عن الدخول فلا حق لها في الحجز عليه ولا في طلب عدم صلاحيته مسكنا للطاعة(٤) ٠

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٦/٥/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٧ ص ٦٢٢ رقم ١٢٢ ٠

(٢) محكمة الجيزة الشرعية ١٩٣٥/٦/٥ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٠٣ رقم ٧٠ ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/١٠/١٣ .المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٩ رقم ٥١ ٠

(٤) محكمة ابنوب الشرعية ١٩٣٧/٣/٦ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٣٩ رقم ٦٨ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

وبأن طلب اسقاط المفروض للنشوز مع ثبوت عدم صلاحية المسكن وعدم تنفيذ حكم الطاعة غير مقبول شرعا وعرفا (١) .

وبأن احتراف الزوجة لا يكون نشوزا الا اذا كان للزوج مسكن هيأه لزوجته المحترفة وامتنعت عنه ، ومما جاء في الحكم أن الفقهاء لم يذكروا الاحتراف على أنه مانع من استحقاق النفقة لذاته بل أوردوه على أنه صورة من الصور التى يشملها تعريف النشوز وهو الخروج عن منزل الزوج بغير حق ومنعها نفسها فالمؤثر في عدم الاستحقاق انما هو الخروج من المنزل باحتراف أم بغيره بما في ذلك من فوات تسليم نفسها تسليما تاما من جهتها وذلك لا يتحقق الا اذا كان هناك منزل للزوج هيأة لها وفي غير ذلك لا يتحقق الخروج ويكون فوات التسليم آتيا من قبله هو . وفي الحكم كذلك ان الاحتراف ذاته غير محقق للنشوز (٢) .

٢٢٩ - الظاهر من نص المادة ٧١ من قانون حقوق العائلة المطبق في لبنان ان الشارع اللبنانى يجبر الزوجة على الانتقال مع الزوج فهى تقول : « تجبر الزوجة ... على الذهاب معه اذا اراد الزوج الذهاب الى بلدة اخرى اذا لم يوجد مانع » . وعلى ذلك فهى اذا امتنعت عن السفر معه الى البلدة المنتقل اليها فانها تكون ممتنعة عن الانتقال له ومقتضي هذا ان تسقط نفقتها خلال مدة الامتناع لانه يعتبر نشوزا مسقطا للنفقة ، ما لم يكن هناك مانع من الانتقال ، ومن الموانع ان يكون هو غير امين عليها او ان يكون قصده المضارة . وهذا يتفق في الجوهر مع ما عليه العمل في مصر .

وقد تعرضت المادة ١٠١ من قانون حقوق العائلة لبعض أحوال النشوز وقررت ان النفقة تسقط خلالها فقالت : « اذا تركت الزوجة بيت زوجها

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٥/٥/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٧٧ رقم ٥٦ وقد تأيد في الاستئناف .

(٢) محكمة الأزبكية الشرعية المحاماة الشرعية ١٩٢٨/١٢/٢٨ س/١ ع/٢ ص ٣٠٥ رقم ٣٧ .

بدون سبب مشروع وذهبت منه ، او كانت في بيتهـا ومنعت زوجها من الدخول اليه قبل طلب نقلها لبيت آخر تسقط نفقتها مدة دوام هذا النشوز » .

المطلب الثـانى

تقدير النفقــة

٢٣٠ ـ وجوب النفقة قد يكون وجوب تمكين أو وجوب تمليك والأول وهو المتعـارف والأصل بين الناس ان الزوج يقدم لزوجتـه ما تحتاجه من نفقة سواء كان ذلك الطعام او الكسوة او المسكن . والثانى مقتضـاه ان الزوج يقـدم لزوجته ما يتفقان عليه او يحـكم به القاضي لكى تتولى هى الانفـاق على نفسـها منه وما يقـدم هكذا قد يكون اصنافا من جنس الطعـام وانواعا من الثيـاب للكسـوة على اساس كسوتين في السـنة احداهما في الشـتاء والاخرى في الصـيف وقد يـكون مبلغا من المـال تتولى الانفـاق منه على نفسها . والمـال الذى يعطى للزوجة للانفاق يكون كل مـدة تناسب الزوج اذ المعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففى المحترف تـكون النفقة يوما بيوم لانه قد لا يقـدر على تحصـيل نفقة شهر دفعة واحدة ، وان كان موظفـا يقبض راتبه كل اسبوعين يمكن فرضـها لاسبوع او لاسبوعين وان كان يقبض راتبه كل شهر تفـرض للشهر ، وعلى كل حال فكل مدة ناسبت حال الزوج فانه يعجل نفقتهـا وقد جرى العـرف في المحاكم ان تقـدر النفقة كل شـهر وهو مناسب . والمحاكم بالنسـبة للكسوة تفرض مبلغا من النقود لبدل الكسـوة كل ستة اشهر وبالنسبة للطعام والمسـكن تجعل المبلغ المفروض لهما شهريا .

ما يراعى في التقـدير :

٢٣١ ـ مما يراعى في التقدير حال الأسـعار ارتفاعا وانخفاضا وعلى ذلك فان القضاء يقدر النفقة بقـدر الغـلاء والرخص فيراعى كل وقت او مكان

بما يناسبه فينبغى للقاضي عند الفرض ان ينظر في سعر البلد وينظر ما يكفيها بحسب عرف تلك البلدة ويقوم الاصناف بالنقود ثم يقدر بالنقود ، فعليه اعتبار كفايتها بالمعروف ·

واذا قدر للنفقة مبلغ من المال بالتقاضي او بالتراضي وتغيرت الاحوال فصار المقدر دون كفايتها فلها طلب الزيادة · وفي ابن عابدين نقلا عن البزازية ان القاضي اذا فرض النفقة ثم رخص السعر تسقط الزيادة ولا يبطل القضاء وبالعكس لها طلب الزيادة · ثم قال ابن عابدين : وكذا لو صالحته على شيء معلوم ثم غلا السعر او رخص ، يعنى يجوز لها طلب الزيادة ويجوز له طلب التخفيض ·

وبالنسبة لاعتبار حال الطرفين هل يراعى في التقدير حال الزوج فقط او حال الزوجة فقط او حالهما معا ؟

اختلف الرأى في هذه المسألة في المذهب الحنفى فهناك رأيان مصححان فيه ، مقتضي الاول ان النفقة تقدر بحسب حال الطرفين ، فان كانا موسرين فالواجب نفقة اليسار ، وان كانا معسرين فنفقة الاعسار · وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا فان النفقة الواجبة هى نفقة بين اليسار والاعسار ، ولكن ان كان المعسر هو الزوج فانه رغم تقديرها على هذا الاساس فانه يدفع ما يستطيعه ويكون الباقى عليه حتى اليسار وهى تستدينه عليه ممن تكون نفقتها عليه لو لم يكن الزوج موجودا ·

والرأى الثانى هو اعتبار حال الزوج فقط ·

وحجة الرى الأول قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن **بالمعروف** » · وقول الرسول ﷺ لامرأة ابى سفيان : « خذى من مال ابى سفيان ما يكفيك وولدك **بالمعروف** » · ومقتضي التقدير بالمعروف ان يراعى حال الطرفين في الفرض لا ان تراعى حال احدهما فقط ·

وحجة الرأى الثانى قوله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » وفضلا عن ذلك فان حسن العشرة يقتضي

ان ينفق الزوج على زوجته حسب يساره ان كان موسرا مهما تكن هى ، ويقتضي من الزوجة الا ترهق زوجها في النفقة لو كان هو معسرا وهى موسرة .

وهناك رأى ضعيف مقتضاه مراعاة حالها فقط عند الفرض . وقد كان العمل في مصر على الرأى القائل باعتبار حال **الطرفين في** فرض النفقة ولكن المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ نص في مادته السادسة عشرة على انه : « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسرا او عسرا مهما كانت حالة الزوجة » . وقد استند الشارع في هذا التعديل على مذهب الشافعى ورأى صحيح في مذهب ابى حنيفة من اعتبار حال الزوج فقط عند تقدير نفقه الزوجة على زوجها(١) .

هذا وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر على أنه يستبدل بالمادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ النص الآتى :

« تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا أو عسرا على ألا تقل النفقة في حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

وعلى القاضي في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوافر شروطه أن يفرض للزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة (بحاجتها الضرورية) بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا الى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ .

---

(١) والقانون اللبنانى بالنسبة لما يراعى في تقدير النفقة اعتبر تغير الاسعار وتبدل حال الزوجين يسرا وعسرا في زيادة النفقة او في انقاصها كما قرر انه يراعى في التقدير حال الطرفين معا فالتزم بذلك قولا مصححا في مذهب أبى حنيفة . فقد نص في المادة ٩٢ من قانون حقوق العائلة على ان النفقة المقررة بتراضي الزوجين على شيء معين أو بحكم القاضي يجوز تزييدها وتنقيصها بتغير الأسعار أو بتبدل أحوال الزوجين عسرا أو يسرا وبتحقق أنها اقل أو أكثر من قدر الكفاية . ونص في المادة ٩٤ على ان الحاكم يقدر النفقة حسب حال الطرفين .

وللزوج أن يجرى المقاصة بين ما أداه من النفقة المؤقتة وبين النفقة المحكوم بها عليه نهائيا بحيث لا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية » ٠

وقد جاء في المذكرة الايضاحية عن هذه المادة قولها :

جاءت المادة ١٦ من المشروع بقواعد تقدير نفقة الزوجة فنصت على ان تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا وعسرا على الا تقل في حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية ٠

ومن هذا يظهر أن المناط أصلا في تقدير النفقة هو حال الزوج المالية في اليسر والعسر وهذا أمر نسبى غاية الأمر أن النفقة اذا كانت عن مدة ماضيه على تاريخ الحكم وتغيرت حال الزوج كان التقدير على قدر حاله وقت الاستحقاق لا وقت القضاء ٠

وهذا اذا كان قد حدث تغير في الحالة المالية ٠ والقدر الذى يفى بحاجتها الضرورية هو ما يعبر عنه في العرف القضائى بنفقة الفقراء ، لا أن يكون فوق طاقته لأن المعيار هو قول الله تعالى : (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله) من الآية السابعة من سورة الطلاق ٠

ثم قرر المشروع ضرورة القضاء بنفقة مؤقتة للزوجة وأوجب على في حالة قيام سبب استحقاق النفقة وتوفر شروطه أن يفرض للزوجة في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفع الدعوى نفقة مؤقتة بحكم غير مسبب واجب النفاذ فورا الى حين الحكم بالنفقة بحكم واجب النفاذ ٠

والملحوظ في هذا الأمر هو ألا تترك الزوجة مدة قد يطول فيها التقاضي دون أن يكون لها مورد تعيش منه فكان من واجبات القاضي أن يبادر الى تقدير النفقة المؤقتة بالمقدار الذى يفى بحاجتها الضرورية في ضوء ما استشفه من الأوراق والمرافعة مادام قد توافرت أمامه أسباب استحقاق الزوجة النفقة وتحققت الشروط ٠

وهذا الحكم المؤقت نافذ فورا الى حين صدور الحكم من محكمة أول درجة في الدعوى وعندئذ يكون النفاذ لهذا الحكم الأخير دون المؤقت على نحو ما هو وارد في نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في هذا الموضع . ثم رخص المشروع للزوج في حال سداده نفقة لزوجته بمقتضي الحكم المؤقت أن يجرى المقاصة بين ما أداه فعلا وبين المحكوم عليه به نهائيا على ألا يقل ما يبقى للزوجة وتقبضه فعلا عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية .

٢٣٢ ـ وقد حكم بأن سوء الحالة الاقتصادية العام وانخفاض أسعار الحاجيات يوجبان تخفيض نفقة الزوجة وان كان لا يوجب تخفيض نفقة الصغار لكبرهم عن وقت الفرض(١) .

وحكم بأنه لا يصلح تزوج من فرضت عليه النفقة سببا لتخفيضها (٢) .

وحكم بأنه تفرض النفقة على الزوج في كل وقت بحسبه فاذا كان معسرا في وقت تفرض عليه نفقة المعسرين ، وان كان موسرا في وقت تفرض عليه نفقة الموسرين(٣) .

وحكم بأن من حالات يسر الزوج أن يكون مقيما مع والده الموسر جريا على العرف في قيام الآباء بالانفاق على أولادهم وزوجاتهم لأن العرف له اعتباره وأن هذا لا يتنافي مع ما ورد في القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٩ من أن تقدير النفقة بحسب حال الزوج يسرا وعسرا(٤) .

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٣/٩ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٥ ص ٢٠٧ .

(٢) محكمة مغاغة الشرعية في ١٩٣١/٤/٢٥ المحاماة الشرعية س/٣ع/ ٩ ، ١٠ رقم ٢٧٩ ص ٨٩٠ .

(٣) محكمة فارسكور الشرعية في ١٩٣٤/٥/١٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٨٢ رقم ٢٧٦ . وقد تأيد في الاستئناف من حيث المبدأ .

(٤) محكمة فوة الابتدائية الشرعية ، ١٩٣٧/١١/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٥ ص ٤٤٧ رقم ٩١ . ومثله حكم محكمة بور سعيد الشرعية في =

ومع ذلك فقـد حكم بأن الـكفاءة المترتبة على معيشـة الزوج مع أبيه قاصرة على المهر دون النفقة فيحكم على الكبير الذى يعيش مع والده الغنى بما يناسب حاله هو من النفقة لزوجته بدون نظر الى يسار أبيه (١) ٠

٢٣٣ - المسكن : قلنـا ان المسكن من النفقة فيجب على الزوج ان يعد لزوجته مسكنا يليق بحـاله فان لم يفعـل فان الزوجة لها ان تطلب من القاضي ان يفرض لهـا اجرة مسـكن تسكن فيه وهو يقـدر هذه الأجرة مع مراعاة حالة الزوج المـالية واجور المساكن ٠

ويلاحظ أن المسكن الذى يعده الزوج لزوجته يجب ان يـكون مناسبا لحاله وان يكون مستوفيا الأدوات المنزلية اللائقة بحال الزوج المـالية وان يكون خاليا من سكن الغير عدا ولده الصغير الغير مميز ويجب أيضا ان يكون بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها ٠ والمسكن بناء على ذلك قد يكون قصرا وقـد يكون منزلا وقد يكون شقة في منزل أو بيتا في دار وقد يكون غرفة بشرط ان يكون لها غلق وهذا طبعا يختلف بحسب حال الزوج وما يجرى به العرف بالنسبة لسكن امثاله ٠

واذا كان جيران الزوج في المسكن ضرة الزوجة او اقاربه فان المشهور ان المسكن يعتبر شرعيا ما دام مسـتقلا له غلق وما دام هؤلاء لا يؤذونهـا بقول او بفعل ، فان كان شيء من ذلك فان المسكن لا يكون شرعيا لعدم تحقق شرط كون الجيران صالحين (٢) ٠

= ١٩٣١/٦/٢٩ المحـاماة الشرعية س / ٣ ع / ٣ رقم ٦٦ ص ٢٧٢ ٠ وتأيد في الاستئناف ٠ ومما جاء به ان الزوج يعتبر قادرا على نفقة زوجته واولاده بيسار وقدرة ابيه اذا كان مقيما معه في معيشة واحدة وجرت بذلك العادة ٠

(١) أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٧/٧ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ١ ص ٥١ رقم ٧ وقد طبق الحكم المـادة ١٦ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ورجع الى الفقه في ابن عابدين ٠

(٢) وقد نصت المـادة ٧٠ من قانون حقوق العائلة على انه « يجبر الزوج على تدارك مسكن شرعى بسائر لوازمه في المحل الذى يختاره لاجل الزوجة » ٠ =

٢٣٤ ـ وقد حكم بأن حـكم الطاعة النهـائى مبطل من تاريخه للحكم الصادر بأجرة المسكن(١) ٠

وحكم بأنه لا يصح الأمر بتهيئة مسكن مع كون المطلوب بالدعوى هـو أجرة مسكن(٢) ٠

وحكم بأن طلب الحكم بأجرة مسكن للزوجة يمنع منه سـبق الحكم على الزوجة بالطاعة في مسكن لم تزل تهيئته(٣) ٠

وبأنه اذا ثبت تهيئة المسـكن في قضية الطاعة وحكم بالطاعة ولو ابتدائيا فلا تستحق الزوجة اجرة مسـكن(٤) ٠

= ونصت المادة ٧١ منه على انه : « تجبر الزوجة بعد استيفاء المهر المعجل على الاقامة في بيت زوجها اذا كان مسكنا شرعيا ٠٠٠ » ونصت المـادة ٧٢ منه على انه : « ليس للزوج ان يسكن في بيته بدون رضاء زوجته احدا من اهله واقاربه عدا ولده الغير مميز وكذا ليس للزوجة ان تسكن معها احدا من اولادها واقاربها بدون رضاء الزوج » ٠

والذى يظهر من هذه النصوص ان الزوج عليه ان يهيء لزوجته مسكنا شرعيا وان يكون هذا المسكن مستوفيا لوازمه ، وان يكون ايضا خاليا من سكن الغير عدا ولد الزوج الغير مميز ٠ وهذه هى أهم شروط المسكن الشرعى الذى يكون على الزوجة الانتقال اليه وعدم تركه بغير اذن الزوج بلا مبرر شرعى ، فان فعلت فانها تكون ناشزة ولا تستحق نفقتها مدة النشوز ٠

(١) مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٢/٩ س / ٣ ع / ٧ رقم ١٩٧ ص ٦٤١ ٠

(٢) مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٢/١٤ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٧ رقم ٢٠٠ ص ٦٤٥ ٠ ومثله : مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/١/٤ س / ٣ ع / ٩ ، ١٠ رقم ٢٦٢ ص ٨٥١ ٠

(٣) محكمة بنى مزار الشرعية في ١٩٣٣/١٠/٧ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٣٦ رقم ٢٦٠ ٠ وقد صار نهائيا بعدم استئنافه ٠

(٤) محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٣/١٠/١ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٢١ رقم ١٢٥ ٠ وقد استؤنف وتأيد ٠

وبأن أجرة مسكن الزوجة من نفقتها فيحكم بها من تاريخ الحكم بالنفقة وتهيئة المسكن لا من تاريخ الغاء حكم الطاعة في المسكن المأمور بتهيئته (١) ٠

٢٣٥ ـ الخادم : الخادم قد يدخل في النفقة فيجب على الزوج ان يدفع لزوجته اجر الخادم بشرط ان يكون موسرا وتكون هى ممن يخدمن ٠ ووجوب الخادم لها هنا محل اتفاق لانه يكون لازما فهو من نفقتها ونفقتها عليه ٠

وان كان مثل الزوجة تخدم بخادمين أو اكثر فقد قال ابو يوسف انه تفرض أجرة خادمين او أكثر ٠ وقال ابو حنيفة ومحمد ان الواجب على كل حال أجرة خادم واحد فقط ما دام الزوج موسرا والزوجة ممن يخدمن لان الخادم الواحد فيه الكفاية واكثر من خادم واحد يعتبر من الكماليات ٠ وقول ابى يوسف هو المتفق مع العدالة والعرف وعليه الفتوى الآن فمن النساء من يخدمن بأكثر من واحد ولا يكفى الواحدة منهن في الخدمة خادم واحد فاذا كانت حالة الزوج المالية تسمح بتعدد الخدم لزمته اجرة ما تحتاجه الزوجة من الخدم ٠

ويلاحظ أخيرا ان الزوج اذا كان معسرا فليس عليه أجر خادم للزوجة فيسار الزوج كما تقدم شرط في فرض اجرة الخادم (٢) ٠

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٥/٢/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٤ رقم ٥٤ ٠

(٢) يراجع في تقدير النفقة : تنوير الابصار وشارحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين جزء/٢ صفحة ٦٦٣ وما بعدها وقد جاء في التنوير والدر ما نصه : « ٠٠٠ تستحق النفقة (بقدر حالهما) به يفتى ويخاطب بقدر وسعه والباقى دين الى الميسرة ، ولو كان موسرا وهى فقيرة لا يلزمه ان يطعمها مما يأكل بل يندب » وفي حاشية ابن عابدين ايضا « (قوله به يفتى) كذا في الهداية وهو قول الخصاف ، وفي الولواجية : وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وظاهر الرواية اعتبار حاله فقط وبه قال جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد ٠ وفي التحفة والبدائع انه الصحيح ٠٠٠ لكن المتون والشروح على الأول ٠ وفي الخانية : وقال بعض الناس : يعتبر حال المرأة : قال في البحر : واتفقوا على وجوب نفقة الموسرين اذا كانا موسرين ، وعلى نفقة المعسرين اذا كانا معسرين ٠ وانما الاختلاف فيما اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا، فعلى ظاهر الرواية: =

٢٣٦ - وقد حكم بأن نفقة خادم الزوجة واجبة على زوجها وهي تفرض بأقل الكفاية فلا يحتاج فرضها للاستفسار لتعرف حال المدعى عليه[١] .

وبأن نفقة الخادم لا تجب الا حيث يكون مملوكا للزوجة والا فعلى الزوج أن يكترى لها خادما ويدفع أجرته لا نفقته . ولا يحتج بجريان العرف على أن الخادم يأكل ويكتسى من مخدومه فوق أجرته فتجب له النفقة وتلاحظ عند فرض نفقة مخدومته لأن هذا عرف خاص لا يصلح ناسخا للنص ولا مقيدا له . على أنه اذا كان عاما لا يكون حجة أيضا لأن حجية العرف مقيدة بما اذا لم يصادم نصا اذ النص أقوى من العرف[٢] .

ومع ذلك فقد حكم بأن من طلبت أجرة خادم لها بدعوى متأخرة عن الحكم لها بالنفقة بشهور كثيرة ولم تدع أنها خدمت فعلا لايجاب طلبها . فاذا كان زوجها عاملا كان هذا أدعى لعدم اجابة طلبها لأن العامل ليس ممن تخدم زوجاته [٣] .

= الاعتبار لحال الرجل ، فان كان موسرا وهي معسرة فعليه نفقة الموسرين ، وفي عكسه نفقة المعسرين ، واما على المفتى به فتجب نفقة الوسط في المسألتين وهو فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة » . ثم قال ابن عابدين انه يرجع في تعريف اليسار والاعسار الى العرف والنظر الى الحال من التوسع في الانفاق وعدمه . ويؤيده قول البدائع : حتى لو كان الرجل مفرطا في اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيت أهلها خبز الشعير يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة .

(١) الزقازيق الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٠/١١ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٩٣ ص ٣١٠ .

(٢) محكمة فوة الشرعية في ١٩٣٨/١/٩ المحاماة الشرعية س/٩ع/٢ ص ١٤٨ رقم ٢٦ . واستند الحكم على : ابن عابدين ج/٤ ص ١٤ ، ١٥ ، ١٨٩ ، ج/٢ ص ٦٧٢ باب النفقة - وشرح العناية على الهداية ج/٣ في باب النفقة - والفتاوى الهندية باب النفقة - والفتاوى المهدية ج/١ ص ٤١٧ باب النفقة - وقد تأيد الحكم في الاستئناف .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٨/٣/٣١ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١٠ ص ٩٠٩ رقم ٣٠٠ .

المطلب الثالث

قضـايـــا النفقـــة

٢٣٧ - قلنا ان الاصل في وجوب النفقة **هو وجوب التمكين** ، فلا ينتقل الى وجوب التمليك الا اذا لم يكن الزوج ينفق على زوجته أو يمكنها من النفقة، فاذا ادعت الزوجة ان الزوج لا ينفق عليها وطلبت من القاضي ان يفرض لهـا عليه نفقة فان القاضي يحقق في الامر فان وجـد ان الزوج يعطيها ما تحتـاج اليه او يمكنها من النفقة فان دعواها تكون عديمة الاساس خليقة بالرفض . وان وجد ان الزوج لايعطى الزوجة ما تحتاج اليه ولا يمكنها من النفقة فانه يفرض لها عليه النفقة فان كان موسرا فنفقة اليسار وان كان معسرا فنفقة الأعســار ، والقاضي يفرض النفقة حتى ولو كان الزوج معسرا لا يملك شيئا ولا كسب له **ولا يفرق بينهما بسبب ذلك** ، وهذا في مذهب ابى حنيفة وهناك رأى اخر بان الزوجة لها هنا طلب التفريق **للاعســـار** ، وعلى هذا الرأى الائمة الثلاثة : مالك والشافعي واحمد . ورأى ثالث ان النفقة تســقط بل ان نفقته تلزم الزوجة اذا كان عاجزا ، وعلى هذا الرأى اهل الظاهر وهو قول عمر رضي الله عنه .

والقاضي اذا فرض للزوجة النفقة على زوجها المعسر فان لم يستطع اداءها تكون دينا في ذمته . والزوجة تستطيع ان تستدين هى لتنفق او تطلب من القاضي ان يأذن لها في الاستدانة على الزوج وهنا يكون الزوج هو المستدين حكما . واذا لم يكن مع الزوجة ما تنفق منه ولم تجد من تستدين منه تعين على من كانت تجب عليه نفقتها لو لم تكن ذات زوج ان ينفق عليها ، ويكون هذا دينـا على الزوج يستوفي منه عند اليسار .

٢٣٨ - وقد حكم بأن الاعتراف بقبض متجمد النفقة عن شهر معين قرينة قاطعة على قبض المتجمد عن الشهر السابق عليه . (محكمة السنبلاوين

الشرعية في ١٩/٤/٣٨ المحاماة الشرعية س / ٩ ع ٧ ص ٦٤٠ رقم ١٣٠ ـ وقد تأيد في الاستئناف) ٠

وحكم بأن أخذ المحكوم عليه وصلا من المحكوم لها باستلامها النفقة عن شهر معين دليل قاطع على استيفائها المقرر عن المدة التى قبل ذلك الشهر لجريان العرف بذلك والعرف في الشرع له اعتباره يدور عليه الحكم (محكمة السيدة الشرعية في ١/١١/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٧٣ رقم ١٥٦) ٠

وحكم بانه لاتندفع دعوى نفقة الزوجية بالطلاق متى ثبت بعده اقرار الزوج بقيام الزوجية وكان بين هذا الاقرار وبين الطلاق المدعى زمن يسع زواجها بغيره ثم طلاقها من هذا الغير وعودتها الى عصمته (محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية في ٤/٢/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٥ع/٥،٦ ص ٥٥٦ رقم ١٢٨).

وحكم بأن أقرار الزوج بالمعاشرة مع عدم الاعتراف بالزوجية في تاريخ سابق على المدة المطلوب النفقة عنها واعلانه الزوجة بما يفيد الطلاق من تاريخ متأخر على تاريخ المدة المطلوب الحكم بالنفقة عنها دليل على استحقاق النفقة المطلوبة لثبوت الزوجية باعلان الزوج بما يفيد طلاقها في تاريخ متأخر عن المدة المطلوب النفقة عنها (محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٢/٣/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٥ع / ٧ ، ٨ ص ٧٤٧ رقم ١٩٩) ٠

وبانه لا يصح دفع دعوى النفقة بالطلاق وانقضاء العدة متى ثبت من اقرار الزوج وشهوده معاشرته للزوجة بعد الطلاق المدعى بينونة المدعية به لأن معنى ذلك أن الزوجية تكون قد عادت وبالرجعة تستحق نفقة الزوجية (محكمة كوم حمادة الشرعية في ١٩/١/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٦٩ رقم ١٥٣) ٠

وبأن الكفيل خصم في طلب تخفيض ماكفله من النفقة (محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ٢٨/٤/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢٠٥ ص ٦٣٣) ٠

وبأن عدم الخصومة بين الزوجين في النفقة مانع من مطالبة الكفيل بها (محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٧/٣/١ المحاماة الشرعية س ./ ٨ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٨٣ رقم ٦٢) ٠

وحكم بأن ما يدفعه الزوج من النفقة لزوجته جبرا بقوة السلطة التنفيذية يجوز له استرداده متى ظهر أنها استولت عليه بغير حق ويكون دينا له عليها يتقاص مع ما تستحقه من دين نفقتها متى طلب المقاصة ٠ وبأن نفقة الولد لا تسقط عن الأب بدين له على الأم فلا يسمع منه شرعا طلب المقاصة بين دين نفقة الولد ودين له على الأم (محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣٢/٩/١٩ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢٤٩ ص ٧٨٢) ٠

وحكم بأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر والفصل في قضايا النفقة سواء كانت نفقة زوجية أو كانت بين الأصول والفروع وذوى الأرحام بمقتضي المادتين ٥،٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (محكمة النقض في ١٩٣٣/١١/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٣ ، ٤ ص ٣٨٠ رقم ١١٣) ٠

وبأن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر في قضايا الجهاز سواء على مستلمه أو من قام مقامه ٠ (محكمة اسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٣/٩/١٠ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ١ ، ٢ ص ١٤٩ رقم ٥٥) ٠

وحكم بأن الكفالة ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل في المطالبة ومعناه أن يكون للمكفول له مطالبة الأصيل أو الكفيل أيهما شاء بلا شرط ولا قيد ٠ وبأن الكفيل في نفقة الزوجة انما يجب عليه أداء مثل ما يجب لها من النفقة على زوجها شرعا ولا يجب عليه شيء بعد ذلك ٠ وبأن للزوجة أن تطالب الكفيل في نفقتها سواء أكانت النفقة المطلوبة مفروضة من القاضي أم لم تكن كذلك ولا يلزم لثبوت هذا الحق لها على الكفيل أن يكون بينها وبين زوجها نزاع فيها (محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٨/٣ المحاماة الشرعية السنة / ١ رقم ٧١ ص ٢١٦) ٠

كما حكم بأنه لا تتوقف صحة الكفالة على ثبوت قبول المكفول له اياها في مجلسها • ومما جاء في الحكم : (الامام والصاحبان وان اختلفوا في القبول هل هو ركن في الكفالة أم لا ؟ فقال الامام ومحمد : هو ركن ولا تصح الكفالة الا بالقبول في المجلس • وقال أبو يوسف أخيرا ان القبول ليس ركنا والكفالة بالايجاب وحده صحيحة ، فقد اختلف النقل فيما هو المفتى به فقد جاء في أنفع الوسائل بعد أن ذكر أقوالا في هذا : قلت فتحرر لنا من هذا أن الكفالة بالنفس أو المال لا تصح الا بقبول المكفول له في المجلس أو يقبل عنه فضولى ثم يجيز ذلك اذا بلغه (فتح) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد • وعند أبى يوسف في قوله الآخر لا يحتاج الى قبول لا من المكفول له ولا من الفضولى (الفتوى على أقوالهما) •

وجاء في الفتاوى الانقروية ما نصه : « اذا كان المكفول له غائبا فهى باطلة خلافا للثانى • .... ، ولو كان المكفول عنه غائبا فكفل وأجاز الطالب وهو حاضر جاز • وان قبل عن الغائب في المجلس قابل توقف • وان لم يقبل عنه قابل بطل عندهما • وفي بعض الكتب ان الفتوى على قول الثانى • وقال في هامشها عند قوله : فهى باطلة خلافا للثانى : هذا اذا لم يقبل عن الغائب في المجلس رجل ، فان قبل أو خاطب الفضولى عن الطالب بأن قال تضمن لفلان أو اضمن لفلان فقال قد فعلت يتوقف على اجازة الغائب وللكفيل أن يخرج عن الكفالة قبل اجازة الغائب كذا في الخلاصة » •

وجاء في حاشية ابن عابدين في الكفالة عند قول المتن : وركنها الايجاب والقبول بعد ذكر الخلاف المتقدم مانصه : (وفي الدرر والبزازية وبقبول الثانى يفتى • وفي أنفع الوسائل وغيره : الفتوى على قولهما) وبذلك لا يكون القبول في الكفالة على قول أبى يوسف ركنا ، وتصح الكفالة بدونه • وقد نقل أن عليه الفتوى في بعض الكتب كما توضح ولا تكون الكفالة باطلة على فرض عدم وجوده (محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/١١/١٣ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ١٣٧ ص ٤٣٨) •

وحكم بأن تواطؤ الزوجة مع زوجها على تقرير نفقة لها ليؤمر كفيله بأدائها مانع من سماع الدعوى على الكفيل . (محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٢/٧/١٤ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ١٠٣ ص ٣٢٣ . وقد تايد في الاستئناف) .

٢٣٩ - والزوج ان امتنع عن اداء النفقة المفروضة عليه لزوجته وكان هذا الامتناع منه عن قدرة أو كان غير معروف الحال فان الزوجة لها ان تطلب من القاضي حبسه حتى يؤدى لها النفقة المفروضة أو يتبين انه عاجز فعلا عن الانفاق أو يثبت ان لديه مالا ظاهرا يمكن اخذ النفقة منه بالتنفيذ عليه فيه جبرا عنه .

والاصل في ذلك ان جمهور الفقهاء في الشريعة الاسلامية يقولون بالحبس في الديون فالمدين يحبس في كل دين لزمه اذا كان قادرا على الدفع وطولب به فلم يوف لانه بذلك يكون ظالما يستحق العقوبة لقول الرسول ﷺ : « مطل الغنى ظلم » . اما اذا ثبتت عسرته فانه لا يحبس بل يستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (١) لان الحبس مع العسرة ظلم فلا يحل (٢) .

وبناء على ما تقدم يجب للحبس ان يكون هناك دين نفقة على الزوج بان تقدر وتمضي مدة لا يدفع النفقة المستحقة عنها وان يكون قادرا على الدفع أو يظن به ذلك .

ومدة الحبس متروك تقديرها للقاضي لان الحبس لحمل الزوج على الاداء واكراهه عليه وهذا امر يختلف فيه الناس (٣) .

---

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٨٠ .
(٢) التعزير في الشريعة الاسلامية للمؤلف ، طبعة ثالثة فقرة ٣٥٩ وما بعدها وفيه الكلام عن الحبس في الدين .
(٣) في جمهورية مصر العربية لا يحبس القضاة في دين النفقة لمدة تزيد =

٢٤٠ - وقد حكم بأنه اذا ظهر بعد الحكم بالحبس في النفقات أن المحكوم عليه معسر يوقف تنفيذ حكم الحبس ويفرج عنه في الحال ما لم يكن محبوسا لسبب آخر (١) ٠

وبأنه لاتوقف اجراءات التنفيذ في قضايا الحبس لمجرد ايداع المبلغ على ذمة الفصل في دعوى براءة الذمة بل لابد من تقديم أوراق تدل على براءة الذمة على فرض صحة تلك الأوراق وأن لقاضي الحبس تقدير قيمة الدفع ببراءة الذمة ، هل هو جدى يوقف من أجله التنفيذ بالجبس أو حيلى لا يلتفت اليه ولا يؤثر في اجراءات القضية ٠ وأن للقاضي متى تبين له أن الدفع ببراءة الذمة حيلى أن يأذن بصرف المبلغ المودع على ذمة طالب التنفيذ (٢) ٠

القضاء على الغائب في النفقة :

٢٤١ - من المقرر في مذهب أبى حنيفة ان فرض النفقة بمعرفة القضاء يعتبر حكما في نزاع والحكم لابد له من دعوى ، والدعوى في هذا المذهب لا تكون الا في مواجهة مدعى عليه حاضر ولا يقضي على غائب الا اذا كان هذا القضاء في ضمن القضاء على حاضر ٠ وعلى ذلك فاذا كان للزوج الغائب مال حاضر من جنس النفقة كالنقود او الطعام او الكسوة فان القاضي

= على شهر وسند ذلك المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ ونصها « اذا امتنع المحكوم عليه من تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو في اجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التى اصدرت الحكم أو التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ولم يؤد حكمت بحبسه ولا يجوز ان تزيد مدة الحبس على ثلاثين يوما ٠ اما اذا ادى المحكوم عليه ما حكم به أو احضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » ٠

(١) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣٣/٣/١٣ المحاماة الشرعية س /٤ رقم ٢٥٣ ص ٧٩٦ ٠

(٢) محكمة الزقازيق الشرعية في ١٩٣٨/١٠/٢٧ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ٨ ص ٧٥٠ رقم ١٥٧ ٠

له ان يأمر الزوجة بالانفـاق من هذا المـال ما دامت طلبت ذلك وتحقق فيهـا سبب الوجوب وهو كونهـا زوجة للغـائب ومن ذلك ان يكون القاضي عالمـا بالزوجية وأساس ذلك أن الزوجة لها حق في مال الزوج فتأخذ منه بقدر حاجتها وامر القاضي هنا يعتبر من قبيل الاعانة وليس قضاء فلا يقال بعدم جوازه بحجة انه قضاء على غائب من غير ان يكون له خصم حاضر وان القضاء على الغائب غير جائز في مذهب الحنفية ·

٢٤٢ ـ واذا كان المـال الذى هو من جنس النفقـة في يد مدين به للزوج أو مودع لديه وكان كل منهما مقرا بالدين أو بالوديعة وكذلك بالزوجية او كانا ينكران الزوجية والقاضي يعلم بها فالقاضي هنا أيضا يفرض لها النفقة من مال الغائب لدى المدين او المودع لديه ويأمر من عنده المال بانفاق هذا المفروض· وكذلك الحـال اذا كان كل منهمـا ينكر المـال وكان القاضي يعلم به وان حضر الغائب فللمنكر ان ينازعه في ثبوت المـال عليه او في عدم ثبوته ·

واذا صدر أمر القاضي للزوجة بالانفـاق من مال زوجهـا الغائب لـدى المدين أوالمودع لديه فان للقاضي ان يسـتوثق منهـا كفيلا ان شـاء · فنفـاذ أمر القاضي هنا يكون معلقا على شرط تقديم الكفالة او غير معلق على هـذا الشرط حسبما يراه القـاضي تبعا لكل حالة · لكن قيل بان تقـديم الكفيل هنا واجب وان هـذا هو الاولى بالأخذ · ويلاحظ هنا كذلك ان القاضي مع أخذ الكفيل يحلف الزوجة يمينـا تسمى يمين الاستيثاق بانهـا لم تطلق وانتهت عدتهـا وانها ليست ناشزة وان زوجهـا لم يقدم لها نفقة معجلة مـدة غيابه عنهـا ·

واذا كان المودع لديه أو المدين غير مقر بالوديعة او الدين وغير مقـر أيضا بالزوجة أو كان غير مقـر بشيء منهمـا ولم يكن القاضي على علم بهما أيضا فقد قال أبو حنيفة والصاحبان أن البينة هنا لا تقبل لعدم الخصـم الحاضر اذ الأمر يعتبر قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر ، وهذا

عندهم لا يجوز ، وعلى ذلك فلا يمكن الأمر بالانفاق من الوديعة او من الدين في هذه الحالة · وقد قال زفر ان القاضي يسمع من الزوجة الاثبات لما انكره من عنده المال وبعد الاثبات يقضي بالنفقة ، ولا يتضمن هذا الحكم عنده قضاء بالزوجية بل يثبت به الفرض فقط لأن البينة عنده انماتسمع لاثبات حق الزوجة في الفرض لا لاثبات الزوجية على الشخص الغائب · ويلاحظ هنا انه لو قضي لها بالنفقة فانه يؤخذ منها كفيل وتحلف يمين الاستيثاق المذكور ايضا ·

٢٤٣ ـ واذا كان المال الذى تركه الغائب من غير جنس النفقة كأن يكون من العقار أو من العروض التى هى من غير جنس النفقة كالعربات والخيل والمفروشات فقد اتفق الحنفية على ان هذا المال لا يباع في سبيل النفقة لأن مال المدين الحاضر لا يباع جبرا عنه لسداد الدين اذا امتنع عن الأداء وذلك عند أبى حنيفة بل يحبس حتى يؤدى ما عليه فمن باب اولى انه لا يباع مال الغائب عنده لسداد دينه · كما انه عند الصاحبين يجوز بيع مال المدين الحاضر جبرا عنه لسداد دينه عند امتناعه عن الوفاء والغائب لا يعلم امتناعه عن الوفاء فهما أيضا يقولان بامتناع بيع ما له لسداد دينه ·

٢٤٤ ـ اذا لم يخلف الزوج الغائب مالا مطلقا فقد قال ابو حنيفة وصاحباه بان القاضي لا يفرض للزوجة النفقة لأن في هذا قضاء على الغائب اما زفر فقد قال انه يفرض لها النفقة ان اقامت بينة على الزواج ، ويكون الأمر قاصرا على فرض النفقة دون الزواج ، وهى تنفق من مالها ان كان لها مال أو تستدين عليه فان لم يوجد من تستدين منه أمر القاضي من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة بأدائها ويكون ما تنفقه أو تستدينه دينا على زوجها الا اذا نازع في استحقاقها النفقة بان يقول انه ادى لها ما كان يجب عليه من نفقة او انه لا نفقة عليه لها لسبب من الأسباب والقاضي هنا يحقق هذا الدفاع ويحكم على مقتضي ما يظهر له انه الحق في المسالة(١) ·

---

(١) الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية (النسب والرضاعة والحضانة ونفقة الأقارب) ، للمؤلف طبعة ثانية ص ٥٩١ وما بعدها ·

٢٤٥ - وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية قبل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على مذهب زفر لأنه هو الذى كان مفتى به في المذهب الحنفى لما فيه من المحافظة على حق الزوجة ولأنه لا ضرر فيه على الغائب بسبب ما يتخذ من احتياط لحفظ حقه من اخذ كفيل وتحليف الزوجة اليمين بانها تستحق على زوجها النفقة . ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نص في المادة الخامسة منه على انه : « اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر عليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها او لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل . فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل او كان مفقودا وثبت انه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي » .

والذى يؤخذ من هذا النص بالنسبة للنفقة ان الزوج الغائب اذا كان له مال ظاهر فان القاضي يحكم عليه بالنفقة وينفذ هذا الحكم في ماله الظاهر يستوى أن يكون من جنس النفقة أو من غير جنسها ، وانه اذا لم يكن له مال ظاهر فانه يحكم عليه أيضا بالنفقة اذا طلبت الزوجة ذلك وهى تستدين عليه . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام الفقه المنطبقة اذا لم يكن الزوج غائبا . ويلاحظ ان اصطلاح المال الظاهر المقصود به هو ما يمكن التنفيذ عليه بالطرق المعتادة .

وبالنسبة لحالة كون الزوج ليس غائبا نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على انه : « اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا وان اثبته امهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » وسنعود للكلام عن هذه المادة والمادة الخامسة المذكورة عند التعرض للطلاق .

٢٤٦ - وقد نصت المادة ٩٤ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة

يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين اعتبارا من يوم الطلب ويأمر باعطائها سلفا عن المدة التي يعينها » . ونصت المادة ٩٦ على انه : « اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب على ان تكون دينا بذمة الزوج ويأذن الزوجة بان تستدين باسم الزوج » . وقد قالت المادة ٩٨ ان الزوجة المعسرة اذا كانت مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم ينظر من تلزمه نفقتها اذا كانت ليست بذات زوج فيلزم باقراض الزوجة عند الطلب وفي الاستقبال له حق الرجوع على الزوج فقط اما اذا استدانت الزوجة من أجنبي فالدائن مخير ان شاء طلب من الزوجة وان شاء من الزوج .

ومفاد هذه المواد ان القاضي يقدر نفقة الزوجة ويأمر الزوج بها اذا امتنع عن الانفاق ، وهو أيضا يقدرها في حالة عجز الزوج عن الانفاق اذا طلبت هي النفقة ويكون ما يقدر دينا في ذمة الزوج ، والقاضي يأذن الزوجة بالاستدانة باسم الزوج وفرض النفقة على الزوج مع عجزه واذن الزوجة بالاستدانة عليه هو مذهب أبي حنيفة . والزوجة ان استدانت من أجنبي فلهذا ان يطلب ما دفع اما من الزوجة أو من الزوج ، واذا كان من أقرض الزوجة هو من يجب عليه نفقتها لو لم يكن هناك زوج فهو لا يرجع بما انفق الا على الزوج فقط .

وبالنسبة للقضاء على الغائب بالنفقة نصت المادة ٩٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « لو ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى او تغيب بذهابه لمحل بعيد مدة سفر او أقرب أو فقد فالحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب بعد اقامة البينة على الزوجية وتحليفه الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانها الآن ليست ناشزة وليست مطلقة انقضت عدتها ويأذن الزوجة لدى الحاجة بالاستدانة باسم الزوج » . وفي هذه الحالة أيضا يسرى حكم المادة ٩٨ المار اذا كانت الزوجة مأذونة بالاستدانة من طرف الحاكم فلا محل لاعادة الكلام في هذه المادة . والملاحظ في المادة ٩٧ ان القاضي يفرض النفقة للزوجة اذا طلبت بعد ان تقوم لديه البينة وبعد ان تحلف الزوجة يمين الاستيثاق المذكور في هذه المادة ، والاثبات بالبينة هنا كالاثبات

بالبينة الوارد في المـادة ٩٩ وسنتكلم عنها الآن وهى قد نصت على انه اذا كان للزوج الغائب مال بيد الغير أو بذمته وأقر المستودع أو المدين بالمـال الذى بيده أو بذمته وبالزوجية أو انكر ذلك واثبتته الزوجة بالبينة فبعد ان يحلف الحاكم الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانهـا الآن ليست ناشزة او مطلقة مضت عدتها يقـدر النفقة للزوجة من ذلك المـال او من ثمنه اعتبـارا من يوم الطلب » ٠

والذى يلاحظ على هـذا النص ان المدين او المودع لديه ان اقر بالمال وبالزوجية فان القاضي يقـدر النفقة للزوجة من هـذا المـال او من ثمنه ٠ وهو يفعل ذلك أيضا اذا انكر المدين او المودع لديه المـال او الزوجية او همـا معـا واثبتته الزوجة بالبينة ٠ وفي الحالتين يجب تحليف الزوجة على ما هـو مبين في المـادة ٠ فالشارع اللبنانى لم يفرق بين حالة الاقـرار وحالة الانكـار وجعل للزوجة الاثبات بالبينة والقاضي يفرض النفقة بعد هذا الاثبات ، وهذا يتفق مع مذهب زفر خلافا لأبى حنيفة والصـاحبين فهم على عـدم جـواز الاثبات هنا بالبينة ما دام هناك انكار لأنه قضاء على خصم غائب وهو لا يجوز٠ كما ان الشـارع لم يفرق أيضا بين كون المـال الذى لدى الوديع او في ذمة المدين من جنس النفقة أو من غير جنسها فجعل الحكم واحدا وهذا بالنسـبة للمـال الذى ليس من جنس النفقة مخالف لمذهب الحنفية الذى يقول بعـدم امكان بيع المـال هنا جبرا لسداد النفقة ٠

ويلاحظ أيضا ان النص لم يذكر جواز الاستيثاق باخذ الكفيل او وجوب ذلك على التفصيل الذى مر في الفقه فلم يرد ذكر للكفيل ٠

المطلـب الرابـع

متى تكون نفقة الزوجة دينا على زوجهـا

٢٤٧ ـ لا خلاف بين الفقهـاء في أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ٠ لكن الخلاف قد حصل بينهم في الوقت الذى تصير فيه دينا في ذمة الزوج وفي قوة هذا الدين ٠

فلدى الحنفيـة لا تكون النفقة دينا في ذمة الزوج الا اذا تراضي عليها الزوجان أو فرضهـا القاضي وقبل ذلك لا تـكون دينا في الذمة فلو مضت مدة لم ينفق فيها الزوج على زوجته وانفقت هي على نفسها دون تراض أو فرض قاض فان نفقة هـذه المدة تسـقط عن الزوج فلا يـكون لها ان تطالبه بها الا ان تكون المدة التى انفقت فيها على نفسها دون الشـهر فلها هنا مطالبة الزوج بنفقة هذه المدة وعلة ذلك انه لابد من مضي مدة تتمكن فيهـا الزوجة من مقاضـاة زوجها طالبة نفقتها او تتراضي فيها معه على نفقتها ٠ واذا كانت النفقـة مفروضة بالتقاضي او التراضي فانها لدى الحنفية تصير دينا في ذمة الزوج ويكون لها أن تطالبه بمتجمد النفقة عن مدة ماضية مهما كانت هذه المدة ما دامت تالية للتقدير بالتقـاضي او التراضي ٠ ولكن يلاحظ ان الزوجة اذا لم تـكن مأذونة بالاستدانة من الزوج او من القاضي او كانت ولم تستدن النفقـة بالفعل فان دين متجمـد النفقة يعتبر دينا ضعيفا ليس ككل دين بل يسـقط بواحد من خمسة هى : الاداء ،والابراء، والنشوز، الطلاق، وموت احد الزوجين٠ فاذا كانت هناك نفقة متجمدة ونشزت الزوجة بعد ذلك عن طاعة الزوج او مات احدهما عن الآخر او حصـل طلاق من الزوج لها فان هذا المتجمد يسقط عن أية مدة ماضية ٠ ويلاحظ ان هناك خلافا في السقوط بالطلاق : فقد قيل أن الطـلاق غير مسقط لمتجمد النفقة حتى لا يتخذه الأزواج ذريعة للتخلص ممـا تجمد في ذمتهم من نفقات لزوجاتهم ، وقيل انه مسقط لكن الراجح في المذهب الحنفى انه مسقط لمتجمد النفقة اذا كان بسبب من جهة الزوجة وغير مسقط ان لم يكن كذلك ٠

واذا حصـل تراض على الفرض او فرضت النفقة من قبل القضـاء واذنت الزوجة من زوجها أو من القاضي بالاستدانة وحصلت الاستدانة بالفعل فـان دين النفقة المستدانة هكذا يكون دينا قويا كسائر الديون فلا يسقط الا بالاداء أو الابـراء ٠

ومذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى واحمد مقتضاه ان نفقة الزوجة على زوجها تصير دينا في ذمته بمجرد وجوبها وامتناع الزوج عن ادائها ،وهى متى صارت دينا فانها تأخذ عندهم حكم سائر الديون فلا يسقطها الا الأداء او الابراء٠

٢٤٨ – ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية : قبل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ كان العمل في جمهورية مصر العربية بالنسبة لدين النفقة على المذهب الحنفى فكانت نفقة الزوجية لا تعتبر دينا في ذمة الزوج الا اذا حصل بشأنها تراض أو حكم قاض وكان هذا الدين ضعيفا فلم يكن يسقط فقط بالاداء أو الابراء بل كان يسقط ايضا بالنشوز وبالطلاق وبموت احد الزوجين ما دام ان الزوجة لم تكن مأذونة بالاستدانة ولم تستدن بالفعل نفقتها ٠

اما بعد صدور القانون المذكور فقد عدل عن المذهب الحنفى في هذا الشأن واخذ الشارع بمذهب الائمة الثلاثة فنص في المادة الاولى من القانون المذكور على انه : « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا في ذمته من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ٠ ولا يسقط دينها الا بالأداء أو الابراء » ونص في المادة الثانية منه على ان : « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » ٠

وقد جاء في تعليمات وزارة العدل بعد صدور هذا القانون والعمل به بغية الاستعانة على تفهم احكامه ان هاتين المادتين قد اشتملتا على حكمين مخالفين لما كان العمل جاريا عليه قبل صدور القانون المذكور وهما :

١) ان نفقة الزوجة أو المطلقة لا يشترط لاعتبارها دينا في ذمة الزوج القضاء أو الرضاء بل تعتبر دينا من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه٠

٢) وان دين النفقة من الديون الصحيحة وهى التى لا تسقط الا بالاداء أو الابراء ٠

ويترتب على هذين الحكمين :

أ) ان للزوجة أو المطلقة ان تطلب الحكم لها بالنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت اكثر من شهر اذا ادعت الزوجة تركها من غير

نفقة مع وجوب الانفاق عليها في هذه المـدة طالت أو قصرت ومتى اثبتت ذلك بطريق من طرق الاثبات فانه يحكم لها بما طلبت ٠

ب) ان دين النفقة لا يسقط بموت احد الزوجين ولا بالطلاق فللمطلقة الحق فيما تجمد لها من النفقة حال قيام الزوجية ما لم يكن ما تجمد لها عوضا عن الطلاق (١) ٠

جـ) ان النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة ولكنه يمنع من وجوبهـا مـدة نشوز الزوجة أو المعتدة ٠

وكان مقتضي ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ انه يمكن المطالبة بمتجمد النفقة عن مدة طويلة سابقة على رفع الدعوى وهذا يغرى كثيرا من النساء بالكذب والاحتيال لاخذ المـال بالباطل لذلك منع الشارع سـماع الدعـوى بالنفقة عن مدة سابقة على الطلب لاكثر من ثلاث سنوات فقد نصت الفقرة السـادسة من المـادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ وهو المسمى بلائحة الاجراءات امام المحاكم الشرعية على انه « ولا تسمع دعـوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سـنوات ميلادية نهـايتها تاريخ رفـع الدعوى » ٠

٢٤٩ - وقد نصت المـادة الثانية من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ في مصر على أنه يستبدل بنص المـادة (١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية النص الآتى :

---

(١) يلاحظ ان النفقة تفرض لمعنى الحاجة المتجددة فاذا فرضت مثـلا كل شهر صارت الحاجة متجددة بتجدد كل شهر وقبل تجدده لا يتجدد الفرض فلم تجب النفقة قبله ولا يصح الابراء عما لم يجب ٠ وعلى ذلك فالابـراء الذى يسقط النفقة هو الابراء عن النفقة المـاضية لا المستقبلة ٠ ومثل الابراء هنـا الهبة فهبة الدين للمدين تعتبر ابـراء له منه ويستثنى مما تقدم ان تبـرئه من نفقة العـدة لان هذا الابـراء بعوض وهو استيفاء قبل الوجوب فيجـوز (جاشية ابن عابدين جزء / ٢ صفحة ٦٧١) ٠

« ..... فقرة ٧ ــ ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى » .

وقالت المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة : أخذ المشروع بقاعدة جواز تخصيص القضاء فنص على ألا يسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

ذلك لأن في اطلاق اجازة المطالبة بالنفقة عن مدة ماضية سابقة على تاريخ رفع الدعوى احتمال جواز المطالبة بسنين عديدة كما أن المدة التى كانت مقررة في المادة ٩٩ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة المحاكم الشرعية وهى ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى غدت كثيرة مما رأى معه هذا المشروع الاكتفاء بسنة واحدة عن طريق منع سماع الدعوى . ولايضار صاحب الحق بهذا الحكم اذ يمكنه المبادرة الى طلب حقه حتى لا تمضي عليه سنة فأكثر .

وحسنا فعل النص المذكور وتكفى النفقة المتجمدة لمدة سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى وفضلا عن ذلك ــ كما قالت المذكرة ــ ان صاحب الحق يسعه أن يسارع برفع الدعوى بالنفقة حتى يتحاشى ضياع شيء من حقه الذى يدعى .

ونصت الفقرة السادسة من المادة المذكورة على أنه : « وتعتبر نفقة الزوجة دينا على الزوج من تاريخ امتناعه عن الانفاق مع وجوبه ولا تسقط الا بالأداء أو الابراء » .

ونصت الفقرة الأخيرة منها على أنه : « ويكون لدين نفقة الزوجة امتياز على جميع أموال الزوج ويتقدم في مرتبته على ديون النفقة الأخرى » .

وقالت المذكرة الايضاحية عن الفقرة السادسة آنفة الذكر ان المشروع نص فيها على أن نفقة الزوجة تعتبر دينا على الزوج من تاريخ الامتناع عن

الانفاق مع وجوبه ولا تسـقط الا بالأداء أو الابراء وهذا هـو الحكـم القائم ، وهو مأخوذ من فقه المذهب الشافعي ٠

٢٥٠ ـ وقد حكم بأن النهى بالمـادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ لسـنة ١٩٣١ عن سـماع دعوى النفقة عن مدة مضي عليها ثلاث سـنوات نهـايتها تاريخ رفع الدعوى قاصر على النفقة غير المفروضة قضاء أو رضاء فلا تشمل المفروض بواحد منهما (١) ٠

٢٥١ ـ وحكم بان للمدين تقـديم بعض الدائنين على بعض للحصـول على دينهم ولا توزع ديونه بالحصص بغير رضاه ٠

١ ـ ومما جاء في الحكم أن المنصوص عليه شرعا أن المدين له أن يقدم بعض الدائنين للحصول على دينهم ولا توزع ديونهم بالحصص بغير رضـاه الا اذا كان الرضا في مرض الموت لتعلق الديون اذا بالتركة لا بالزامه (كتاب الحبس والمداينات من تنقيح الحامدية) ٠

٢ ـ وجاء به أيضا أن طلب الحكم بالأولوية في صرف متجمد النفقـة والحجز لحكم النفقة على ما للمحكوم عليه بها تحت يد الغير ٠ تقـديمه على ما يكون عليه من حجوز أخرى لدائنين آخرين ٠ رأى المدين المحكوم عليه بالنفقه في ذلك (٢) ٠

وحكم بأنه لا يسقط دين النفقة مع وجوب الانفاق من تاريخ الامتناع عن الانفاق بدون توقف على قضاء أو رضاء الا بالأداء أو الابراء ويصير

---

(١) محكمة بني سـويف الشرعية في ٣٦/٣/١٧ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٠٨ رقم ٧٣ وقد تعرض الحكم للمادتين ١ ، ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وللمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية حيث أضيفت لهـا فقرة (ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سـنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى) ٠

(٢) ٠٠٠٠٠ محكمة مصر الجزئية الشرعية في ١٩٢٧/٧/٦ المحـاماة الشرعية س/١ ع/٥ رقم ١٢١ ص ٤١٩ ـ وأنظر حكم محكمة مصر الابتدائية =

دينا بعد فرضها ونقسم بوفاة المفروضة له على ورثته حسب الفريضة كسائر الديون الصحيحة (١) ٠

وحكم بان نفقات الزوجة والأصول والفروع واجبه قبل القضاء بها الذى هو من قبيل الاعانة والفتوى وهو مظهر للحق لا مثبت له والتراضي عليها ملزم كالقضاء بها ٠ ونفقات غير هؤلاء من ذوى الأرحام لا تجب الا بالقضاء والقضاء فيها مثبت للحق لا مظهر له والتراضي عليها غير ملزم بها (٢) ٠

ومع ما تقدم فقد حكم ان دين النفقة مقدم وفاؤه شرعا على سائر الديون (٣) ٠

وقد حكم أيضا بأنه اذا طلب الزوج مقاصة دينه بمتجمد نفقة الزوجة عليه أجيب الى طلبه لأن دينه أقوى من دينها شرعا ٠

وقد قال الحكم ان متجمد النفقة بمقتضي القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ دين قوى فيصح مقاصته بدين الزوج سواء أكان ذلك بطلبها أم بطلبه (٤) ٤

وحكم بأن النفقة المعجلة انما تعتبر صلة وهبة لا يجوز الرجوع فيها اذا دفعت للزوجة أو القريب ٠ لأن كلا من الزوجية والقرابة مانع من الرجوع في الهبة اذا كانت دفعت بالرضاء والاختيار ٠

= الشرعية في ١٩٣٢/٤/٦ المحاماة الشرعية٠ س/٤رقم ٢٠٠ص٦٢٥ ومما جاء فيه انالقول قول المدين فيبيان جهة ما يسدده منالدين ٠ وفي هذه القضيةأرسل فول المدين في بيان جهة ما يسدده من الدين ٠ وفي هذه القضية ارسل اليها نقودا فقالت هى في دين لأخيها وليس من نفقها والمحكمة لم تاخذ بذلك لأن القول قول المدين لأنه أعلم بجهة الدين ٠

(١) محكمة ميت غمر الشرعية في ٣٦/٧/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٨ ع/٤ ، ٥ ، ٦ رقم ٥٨ ص ٢٢ ٠

(٢) محكمة السويس الشرعية في ٣٥/٥/١٩ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٨ ص ٧٣٧ رقم ١٥١ ٠

(٣) محكمة السنطة الشرعية في ٣٨/١٠/٢٤ المحاماة الشرعية س/١٠ ع / ٣ ص ٢٦٩ رقم ١٧٠ ٠

(٤) محكمة سنورس الشرعية في ١٩٣٢/٣/١٩ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٧٢ رقم ١٥٥ ٠

اما اذا كانت قد دفعت بطريق الجبر والاكراه فلا تكون صلة ويكون له حق الرجوع فيها وطلب ردها اذا كانت قد أخذت منه بغير حق (١) ٠

وحكم بأن الزوجة مقدمة على غيرها في تنفيذ حكم النفقة الصادر لها على زوجها فيحكم لها بأولويتها في الحجز على ربع راتب زوجها لتستوفى هى أولا ما حكم لها به عليه والباقى ينفذ منه لغير الزوجة من الحاجزين (٢) ٠

وأفتى بأنه اذا اجتمع على المحكوم عليه من نفقة مالزوجته وما لاولاده الصغار وما لأولاده الكبار من ذلك قدم ما للزوجة على ما للأولاد ثم ما للصغار على ما للكبار منهم ٠ ومما جاء بالفتوى أن كتب الفقه الحنفى ليس فيها نص بأولوية نفقة الزوجة على نفقة الأولاد عند ضيق مال الزوج ولكن جرى الافتاء استنتاجا مما قاله الفقهاء من أن نفقة الزوجة تجب بالعقد وهى ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول ويحبس الزوج عليها متى كانت بالقضاء أو الرضاء ولا تسقط بعد ذلك بمضي المدة على ما عليه العمل لأنها جزاء الاحتباس ولذلك تجب لها على الزوج ولو كانت غنية ٠ ومن ذلك يتبين أن منزلة نفقة الزوجة أرقى من منزلة نفقة الابن ٠ وتقديم الأولاد الصغار على الكبار منصوص عليه في فتاوى قاضيخان (٣) ٠

٢٥٢ - ما عليه العمل في لبنان : نص في المادة٩٢ من قانون حقوق العائلة على ان : « النفقة تصير لازمة الاداء **بتراضي** الزوجين على شيء معين **أو بحكم القاضي** ٠٠٠ » ونص في المادة ٩٥ على أنه : « **اذا امتنع الزوج الحاضر**

---

(١) محكمة المنيا الشرعية في ١٩٣٦/٤/٢٠ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١ ص ٧٧ رقم ٢٠ ٠

(٢) محكمة عابدين الشرعية في ١٩٢٩/٤/٢١ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٢ رقم ٦٧ ص ٢١٩ ٠ وقد قدم الحكم الزوجة على والد الزوج في تنفيذ الحكم على ربع مرتب الزوج ٠

(٣) فتوى من الشيخ عبد المجيد سليم مفتى الديار المصرية في ١٩٣٠/١٢/٢ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٤ رقم ٩٧ ص ٣٨٢ ٠

عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر الحاكم النفقة حسب حال الطرفين **اعتبارا من يوم الطلب** ٠٠٠ » ونص في المادة ٩٥ على انه : « تسقط نفقة المدة المارة قبل التقدير والتعجيل » ٠ ونصت المادة ٩٦ على انه : « اذا عجز الزوج عن الانفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة فالحاكم يقدر النفقة **اعتبارا من يوم الطلب على أن تكون دينا بذمة الزوج ويأذن** الزوجة بان تستدين باسم الزوج » : كما ذكرت المادة ٩٧ بصدد تقدير النفقة لمن اختفى عنها زوجها أو تغيب **ان الحاكم يقدر النفقة اعتبارا من يوم الطلب وانه يأذن الزوجة لدى الحاجة بالاستدانة باسم الزوج** ٠ وفي المادة ٩٩ ايضا ان الحاكم يقدر نفقة الزوجة على زوجها من المال الذى لزوجها بيد الغير أو بذمته أو من ثمنه **وذلك اعتبارا من يوم الطلب** ٠ ونصت المادة ١٠٠ على انه : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة قضاء أو رضاء بالطلاق أو بوفاة احد الزوجين ولا يسقط الغير مستدان بامر الحاكم بالنشوز » ٠

والذى يؤخذ من هذه النصوص :

١) ان نفقة الزوجة على زوجها لا تصير لازمة الاداء قبل تراضي الزوجين على شيء معين أو قبل قضاء القاضي ، وان القاضي يقدر النفقة التى تطلبها الزوجة عند امتناع زوجها عن الانفاق عليها من يوم الطلب لا قبل ذلك وان نفقة المدة الماضية قبل التقدير والتعجيل تسقط فليس للزوجة ان تطلب نفقة سابقة على رفع الدعوى ، ومؤدى هذا ان نفقة الزوجة على زوجها لا تصير دينا في ذمته الا بعد تقديرها بالرضاء أو القضاء ويلاحظ انه يدخل في المدة المدة التى بين **الطلب** وبين صدور الحكم بالنفقة ايضا ففيها تلزم النفقة الزوج٠ وكل هذا في مجموعه تطبيق لمذهب الحنفية ٠

٢) وان المقدار المتجمد من النفقة المقدرة بالقضاء أو الرضاء لا يسقط **بالطلاق ولا بوفاة احد الزوجين كما لا يسقط المقدار الغير مستدان بامر الحاكم بالنشوز** ٠ وهذا من الشارع اللبنانى اتجاه نحو مذهب الائمة الثلاثة في عدم

سقوط النفقة المفروضة بالرضاء او القضاء الا بالاداء أو الابراء وبعد عن مذهب الحنفية الذى فيه تسقط النفقة المقدرة رضاء أو قضاء فضلا عن سقوطها بالأداء أو الابراء ـ بالطلاق أو بموت أحد الزوجين أو بالنشوز الطارىء . ومسلك الشارع اللبنانى صريح في هذا المقام بالنسبة لعدم سقوط غير المستدان بامر الحاكم بالنشوز .

ومسلك الشارع اللبناني في اتباع مذهب الحنفية في سقوط نفقة المدة المارة قبل التقدير كان يفضل مسلك الشارع في جمهورية مصر العربية لأن بقاء متجمد النفقة على كاهل الزوج مدة ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى كان فيه ارهاق للازواج والسقوط لايضر الزوجات لأن بوسعهن التعجيل برفع الدعوى حتى لا تسقط النفقة وان كان الامثل جعل مدة اقل كأن نكون سنة سابقة على رفع الدعوى لا تسقط فيها النفقة حتى توجد فرصة قد تعود فيها المياه لمجاريها وهذا هو ما تم فعلا وقد مر ذكره .

وقد جاء فيما نحن بصدده في نفقة العدة نص المادة ١٥٣ وهو : « اذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقة لها (يعنى للمعتدة) قضاء أو رضاء تسقط النفقة » . وهذا من الشارع اللبناني متفق مع ما نص عليه في المادة ٩٥ المار ذكرها واتباع لمذهب الحنفية من ان نفقة العدة كنفقة الزوجية لا تصير دينا في الذمة الا من تاريخ التقدير بالتراضي أو التقاضي .

وقد نصت المادة ١٥٤ ايضا على انه : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة بوفاة احد الزوجين » وهذا هو مسلك القانون اللبنانى في نفقة الزوجية وقد مر الكلام فيه .

الباب الثاني

انهاء الزواج

٢٥٣ ـ قد تكون الفرقة بين الزوجين طلاقا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته بمقتضي عقد الزواج . وقد تكون فسخا يؤدى الى انفصال كل من الزوجين عن صاحبه دون ان يحتسب هذا طلقة تخصم من عدد الطلقات التى يملكها الزوج اذا فرض وعادت بينهما حياة زوجيه جديدة .

والفسخ فضلا عن ذلك يعتبر في حقيقته عارضا يمنع بقاء النكاح أو يتدارك به امر اقترن بانشاء العقد فجعله غير لازم . ومن الفسخ الذى يمنع بقاء النكاح التفريق بردة أحد الزوجين . ومن الفسخ الذى يعتبر تداركا لامر اقترن بانشاء العقد الفسخ بخيار الادراك (ويدخل في خيار الادراك خيار البلوغ وخيار الافاقة) .

والطلاق في حقيقته يختلف عن الفسخ فيما تقدم فهو يوجب انهاء الزواج ويقرر الحقوق السابقة ولا يكون الا في النكاح الصحيح اذ هو من آثاره التى قال بها الشارع .

٢٥٤ ـ والفسخ ينقسم الى قسمين :

١ ـ فسخ ينقض العقد من اساسه ، وهو الذى يرجع سببه لامر يتصل بانشاء العقد وهذا هو الفسخ بخيار الادراك ، ومنه ايضا الفسخ لعدم الكفاءة على الرأى الذى يقول بصحة العقد هنا وكونه غير لازم ، وكذا الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل على رأى أبى حنيفة . ومن الواضح في كل هذه الامثلة ان الفسخ يرجع سببه لامر يتصل بانشاء عقد الزواج .

٢ ـ فسخ لا يترتب عليه نقض عقد الزواج من اساسه ، وهذا الفسخ سببه يكون عارضا بعد العقد ومن شأنه ان يمنع بقاءه فيكون التفريق بين الزوجين متعينا ومن هذا القسم الفسخ لاباء الزوجة عن الدخول في الاسلام أو اعتناق اى دين كتابى اذا اسلم زوجها ، ومنه ايضا الفسخ بردة الزوجة ، والفسخ بسبب وجود حرمة مصاهرة طرأت بعد ان نشأ عقد الزواج .

ويختلف نوعا الفسخ في الحكم :

(أ) فالفسخ الذى يكون نقضا للعقد من اساسه لا يوجب شيئا من المهـر ما لـم يتأكد بمؤكد من المؤكدات التى تكلمنا عنها في حال الكلام عن المهـر كحق من حقوق الزوجة على زوجها ٠ وسبب ذلك ان المهـر من احكـام العقـد والفسـخ هنا نقض للعقـد من الاسـاس ٠

أما الفسخ الذى لا ينقض العقد من اصله فهو ان كان من جانب المـرأة قبل ان يؤكد المهر فانه يسقط كله ، وان كان من جانب الرجل فعليه نصف المهر فقط ٠

(ب) وان الفسخ الذى هو نقض للعقد من اصله لا يجعل المـرأة محـلا لوقوع الطلاق عليها حال العدة من هذه الفرقة فاذا طلقها حـال العدة فلايحتسب هذا الطلاق من عدد الطلقات اذا عادت الزوجية من جديد ٠

ولكن الفسخ الذى لا يعد نقضا للعقد من اصله تكون المـرأة في العـدة من فرقته محلا لوقوع الطلاق عليهـا ٠

هذا ويلاحظ ان الفسخ الذى ينقض العقد من اصله يحتاج في اغلـب الاحوال لقضاء القاضي كما في الفسخ بعدم الكفاءة والفسخ بخيار الادارك ٠ اما الفسخ بسبب حدوث ما يوجب التحريم فهو غير محتاج لقضـاء القاضي ٠

والفسخ الذى ليس نقضا للعقد من اصله ينقسم بدوره الى قسمين :

١ ـ فسخ يمتنع معه الزواج على التأبيد وهذا هو الذى يكون سببه حدوث التحريم بين الرجل والمـرأة على التأبيد ٠ ومثال ذلك ان يكون منه لاصلها أو فرعها أو يكون منهـا لاصله أو فرعه ما يوجب حرمة المصاهرة ٠

٢ ـ وفسخ يمنع من الزواج منعا مؤقتا وهو ما كان سببه تحريما مؤقتا بين الزوجين ، فمن حصلت بينها وبين زوجها فرقة بسبب ردتهـا عن الاسـلام تحل له من جديد اذا عادت الى الاسـلام ٠

الفصل الأول

الطلاق

المبحث الأول

تعريفه ووصفه وطلاق السنة

٢٥٥ ـ تعريفه :

الطلاق في الاصطلاح الفقهى هو رفع قيد الزواج الصحيح حالا أو مآلا : بلفظ يدل على ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو اشارة ٠

ويراد برفع قيد النكاح رفع احكامه وعدم استمراره لان عقد الزواج نفسه ما دام انه قد وقع فلا يمكن رفعه ، فالمقصود بالرفع هنا هو رفع احكامه لا رفعه هو ٠

وقيد التعريف في رفع الاحكام بكون **الزواج صحيحا** لان رفع قيد الزواج غير الصحيح لا يسمى طلاقا بل يسمى فسخا للعقد الذى وقع فاسدا ٠

ورفع القيد كما ورد في التعريف اما ان يكون **في الحال** واما ان يكون في المآل ٠

وهو يكون في الحال وذلك في الطلاق البائن اذ يرفع قيد النكاح بصدوره ولا تحل المطلقة لمطلقها حتى ولو كانت في العدة من هذا الطلاق الا بعقد ومهر جديدين ٠

ويكون في المآل وذلك بالطلاق الرجعى اذ لا يرفع قيد النكاح بصدوره بل رفعه لا يكون الا بعد انتهاء العدة منه ، وحال قيام العدة يبقى قيد النكاح

ويكون للمطلق ان يراجع زوجته رضيت ام لم ترض وذلك بلا عقد ومهر جديدين . وبعد انقضاء العدة يرتفع القيد كما قلنا فلا يكون للمطلق ان يعيدها لعصمته الا بعقد ومهر جديدين .

٢٥٦ - هل الأصل في الطلاق الحظر أو الاباحة :

مع ان الفقهاء على اتفاق بان الطلاق مباح للرجل وانه لا يكون الا اذا وجدت حاجة اليه فانهم اختلفوا في الاصل في الطلاق أهو الحظر أو الاباحة .

ونقول انه لا ينبغى ان يفهم من كون الطلاق عندنا مشروعا ان الحبل فيه متروك على الغارب أو انه خلو من القيود والاسباب بل انه وان كان حلالا الا ان هذا الحلال مبغوض عند الله لما فيه من قطع الوشائج وفك عقدة الاسرة وتشتيت الولد وفي حديث رواه ابو داود ان النبيﷺقال: «ما احل الله شيئا أبغض اليه من الطلاق » وفي حديث آخر « لا تطلقوا النساء الا من ريبة فان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات » .

وقد اخذ فريق من الفقهاء من ذلك ان الاصل في الطلاق المنع حتى تقوم الحاجة اليه وقالوا ان الزواج عقد ابدى لازم فالقياس ان لا ينهيه احد العاقدين بارادته المنفردة لكنه اجيز للحاجة فقط فاذا قامت حاجة اليه فبها والا فالقياس هو منع الطلاق ، ولم يكن الصحابة رضي الله عنهم يطلقون الا لحاجة .

٢٥٧ - طلاق السنة وطلاق البدعة :

بعد ان يستنفد الزوج كل وسائل الاصلاح ويتعين الطلاق علاجا فان الشارع قد رسم للزوج الطريق اليه وهو اذا سلك هذا الطريق فانه سوف لا يطلق الا اذا كان الطلاق متعينا وكانت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق .

ومما رسمه الشارع أن الزوج عليه ان يلزم في الطلاق طلاق السنة .

وطلاق السنة هو الذى يكون من الزوج لزوجته في طهر لم يمسسها فيه لان هذا هو الوقت الذى تشتد فيه رغبة الزوج لزوجته غالبا فطلاقها فيه

دليـــل النفــرة المستحكمة وهو اذا طلقها فعليه ان ينتظر حتى تنقضي عدتها الا ان يراجعها . والطلقة الواحدة الرجعية في الطهر الذى لم يمسسها فيه هــو طلاق السنة عند المالكية والحنابلة . وأبو حنيفة سـمى هذا طلاق الســـنة الاحسن لانه يقول بطلاق السنة الحسن وهو ان يطلقها في استقبال كل طهــر تطليقة واحدة رجعية حتى تنتهى الطلقات ثلاثا في بحر العدة . والشــافعى اعتبر في طلاق السنة الوقت فطلاق السنة عنده هو الذى يكون في طهــر لــم يمسسهافيه بصرف النظر عن العدد فتعتبر الحاجة منوطة عنده بالمطلــق ما دامت ثبتت الحاجة للطلاق بحصوله في طهر لم يمسسها فيه .

واذا طلق الرجل امرأته طلاق بدعة فانه يقع لدى الائمة الاربعة وأن كان المطلق يأثم لتركه السنة لكن هناك جمهور من المحققين ومنهم ابن تيميــة وابن القيم وكذلك الشيعة الامامية ، وابن حزم الظاهرى ، يقولون ان الطــلاق هنــا باطل لا يقع (١) .

---

(١) المحلى لابن حزم جزء / ١٠ ص ١٦١ وما بعدها وعنده انه كيف يستجيزون الحكم بالبدعة مع اعترافهم بانها بدعة اليس مجيز البدعة مخالفا لاجماع القائلين بانها بدعة - ابن رشــد جزء / ٢ ص ٦٤ وما بعدها - المدونة جزء / ٥ ص ١٠١ وما بعدها .

المبحث الثانى

من يملك الطلاق ومن يقع عليها الطلاق

من يملك الطلاق :

٢٥٨ - الزوج هو الذى يملك الطلاق في الحدود التى سنها الشارع الاسلامى . والمرأة لها في احوال ان تطلب التطليق من القاضي وسنتعرض لبعض هذه الحالات بالبيان .

ويشترط في الرجل حتى يقع طلاقه البلوغ والعقل .

وعلى ذلك فطلاق الصبى وان كان مميزا لا يقع ومثله طلاق المجنون والمعتوه .

وهذا هو ما يشترط فيمن يملك الطلاق لكى يقع طلاقه طبقا لمذهب الامام ابى حنيفة ، وعلى ذلك فيقع طلاق **المكره** ويقع طلاق **من سكر من محرم ويقع طلاق الهازل** .

وقال مالك والشافعى وأحمد ان طلاق المكره لا يقع لحديث : « رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ولعدم وجود الرضا وهو اساس كل تصرف . وفي السكران لم يفرق الأئمة الثلاثة بين كون سبب السكر محظورا أو غير محظور كما في المذهب الحنفى بل عندهم لا يقع طلاق السكران ولو كان سكره بمعصية وقد اختار هذا الرأى من فقهاء الحنفية أبو جعفر الطحاوى وابو الحسن الكرخى . وسند هؤلاء ان السكران لا قصد له ولا يتصور الطلاق من غير قصد والسكران لا يعى ما يقول . فتكون عبارته ملغاة .

٢٥٩ - ما عليه العمل :

في جمهورية مصر العربية نصت المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على أنه : « لا يقع طلاق المكره والسكران » ، وقد أخذ الشارع هذا

الحكم استنادا على قول الأئمة الثلاثة وكثير من الصحابة والتابعين . وهو لم يفرق في حكم طلاق السكران بين ان يكون سبب السكر محظورا أو غير محظور .

وطلاق الهازل يقع لحديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » .

والعمل جار أيضا على أن طلاق المخطىء يقع . والمخطىء هو الذى اراد التكلم بغير الطلاق فجرى لسانه بالطلاق .

وكذلك الشأن في النسيان فقد يعلق الطلاق على شيء وينسي ويفعل هذا الشيء فان الطلاق يقع قضاء بمعنى ان الامر لو لم يصل الى القضاء فان الزوج يصح أن يعيش مع أهله اذ العبرة بالنيات ولا نية له .

والسفيه يقع طلاقه اذ موضوع الحجر هو التصرفات المالية وليس الطلاق داخلا في هذه التصرفات .

وليس لغير الزوج من ولي أو وصي ان يوقع الطلاق اذ كل احكام عقد الزواج ترجع للزوجين لا الى من تولى العقد ولو كان هذا وليا على النفس .

واذا تضررت زوجة المجنون من العشرة معه فان لها ان تطلب التطليق اذ الزوج لا عبارة له فلا يمكنه ان يطلق باحسان فالقاضي يتولى عنه التفريق باحسان دفعا لهذا الضرر .

ولكن الزوج يملك ان يوكل غيره في ايقاع الطلاق لان الزوج اذا ملك الطلاق فانه يستطيع ان ينيب فيه .

٢٦٠ ـ وقد حكم بأن النساء لا يملكن حق ايقاع الطلاق على أنفسهن الا بالشرط . وان العوام ومن في حكمهم لا يفرقون بين ألفاظ الشرط ويقصدون عند ذكر (متى وكيفما) ما يقصد منه عند ذكر (كلما) . وان الطلاق

المكمل للثلاث أفضل السبل أمام الزوجة التى ملكت عصمتها بعد صـــدور القانون رقم ٧٨ لسـنة ١٩٣١

ومما جاء في الحكم أن المنصوص عليه شرعا أن النساء لا يملكن الطـلاق الا بالشرط فلو تزوجها على أن أمرها بيدها صح العقد والشرط وقد استحسنه في هذا الزمان بعض المتأخرين (ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٩٧) (١) ٠

٢٦١ – وفي لبنان : تقول المـادة ١٠٢ من قانون حقوق العائلة : « الزوج المكلف اهل للطلاق » ٠ وتقول المـادة ١٠٤ منه : « طلاق السـكران غير معتبر » وتقول المـادة ١٠٥ : « الطلاق الواقع بالاكراه غير معتبر » ٠

من يقع ومن لا يقع عليهـا الطلاق :

٢٦٢ – محل الطلاق المـرأة اذا كان النكاح قائما ، ويستوى في ذلك أن يكون النكاح قائما حقيقة أو حكما ، وهو يكون قائما حكما في هذا المقام اذا كان الطلاق رجعيا أو اذا كان الطلاق بائنا بشرط الا يكون مكملا للثلاث لأنه اذا كان مكملا للثلاث فان الحل يكون قد زال فلا تكون هناك فائدة للطلاق لان المطلق بالطلقة المكملة للثلاث قد استنفد كل ما يملك شرعا ٠ ومثل العدة من طلاق يوقعــه الزوج رجعيا أو بائنا على ما مـر العدة من كل فرقة بحكم الشــارع اذا اعتبرت طلاقا ينقص من عدد الطلقات ٠ ومن ذلك الفرقة بسبب اباء الزوج الاسـلام اذا اسـلمت زوجته فهو معتبر طلاقا على الراجح في مذهب ابى حنيفة ٠ ويأخذ هذا الحكم ايضا ان تكون معتدة من فرقة معتبرة فسخا لـم ينقص العقد من اصله ولـم يزل الحل ، ومن ذلك الفرقة الحاصلة بردة الزوجة . لان الفسخ هنا لا اثر له في الاحكام السابقة عليه فهو من هذه الناحية

---

(١) محكمة طنطا الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٢/٦ المحاماة الشرعية س/٣ع/ ٤ ص ٣٧٠ رقم ٩٦ ٠

كالطلاق فتأخذ العـدة الحاصلة هنا حكم العـدة من الطلاق من حيث كـون الزوجة خلالها تعتبر محلا لوقوع الطلاق عليها (١) ٠

٢٦٣ —ولا يقع الطلاق على المـرأة حال العدة من فرقة معتبرة فسخا ينقض العقد من اصله ومن ذلك الفرقة لخيار البلوغ وعدم الكفاءة ونقصـان المهر عن مهر المثل ، والسبب ان العقد في مثل هذه الحالات قد نقض من أصـله فلم يعد له وجود حال العدة ، والطلاق من آثار عقد الزواج فلا بد من ان يوجد العقـد حال الطلاق ولو اعتبارا لكي يتصور حصول الطلاق ٠

ولا يقع الطلاق ايضا في العدة من فسخ قد زال معه الحـل كتقبيل الزوجة ابن الزوج ٠ والسبب ان الحرمة هنا مؤبدة فلامعنى للطلاق لان أثر اعتباره هوأن يعتبر من عدد الطلقات التي يملكها الزوج اذا استؤنفت الحياة الزوجية مـن جديد ، واستئنافـ الحياة الزوجية هنا غير ممكن لكـون الحرمة مؤبدة ٠

ولا يقع الطلاق ايضا على الزوجة بعقد زواج فاسـد لان الطلاق من آثار عقـد الزواج الصحيح ٠

وكذلك المعتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى لان الحل قد انتهى ٠

والمطلقة لغير عدة وهى من طلقت قبل الدخول لان العلاقة الزوجية هنا انقطعت بصدور لفظ الطلاق وليست هناك عدة حتى يمكن اعتبار الزوجيـة

---

(١) ذكر ابن عابدين ان المـرأة تكون محلا للطلاق اذا حصل في العـــدة عن فســخ بتفريق لاباء احـد الزوجين عن الاســلام أو بارتداد احـدهما ٠ ويلاحظ ان الفرقة بسبب ارتداد الزوجة عن الاســلام تعتبر فسخا للزواج باتفاق فقهـاء المذهب الحنفى ٠ اما الفرقة بسبب ردة الزوج عن الاسلام فليست معتبرة فسخا باتفاق بل هى فسخ عند ابى حنيفة وابى يوسفـ وطلاق عنـد محمد ٠ اما بالنسبة للتفريق لاباء احد الزوجين الاســلام فان فقهـاء الحنفية متفقون على ان الفرقة بسبب اباء الزوجة الدخول في الاســلام بعد اسـلام زوجها ان كانت غير كتابية تعتبر فسخا لعقـد الزواج ٠ اما الفرقة بسبب اباء الزوج الاسلام بعد اعتناق زوجته الدين الاسلامى فالراجح في المذهـب الحنفى على ما ذكرنا في الصلب هو اعتبارها طلاقا لا فسـخا حتى لو اسـلم بعد ذلك وتزوجها من جديد احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلقـات التى يملك الزوج على زوجته (راجع حاشية ابن عابدين جزء / ٢ ص ٤٢٨) ٠

قائمة حكما . والمطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة ليست محلا للطلاق ايضا لانها وان كانت تعتد فالعدة هنا للاحتياط للانساب .

ومثل المطلقة لغير عدة من طلقت لعدة وانتهت عدتها لانه بانقضاء العدة لم يعد النكاح باقيا لتكون المرأة محلا للطلاق .

وكذلك المرأة الاجنبية فلو قال رجل لامرأة اجنبية عنه : انت طالق فان هذا الكلام لغو . لكنه ان علق الطلاق على الزواج فقال لها : انت طالق ان تزوجتك فقد قال الحنفية ان الطلاق يقع فور زواجه بها ولم يوافقهم الشافعي وأحمد اذ قالا ان الطلاق لا يقع لبطلان التعليق فكان لغوا لانها كانت وقت التعليق اجنبية عنه .

المبحث الثالث

ما يقع به الطلاق وصيغته

المطلب الأول

ما يقع به الطلاق

٢٦٤ ـ الطلاق ضربان : صريح وكناية ·

والطلاق الصريح ما يكون بلفظ الطلاق أو ما اشتق منه كأنت طالق ومطلقة وطلقتك لان هذه الالفاظ يراد بها الطلاق وتستعمل فيه لا في غيره · فكانت من الطلاق الصريح · ويلحق باللفظ الصريح ما هو صريح في فصم عروة الزوجية من غير احتياج في بيان هذا المعنى لقرينة · ومن ذلك أن يقول لها أنت حرام ، أو انت على حرام ·

ويلحق باللفظ الصريح الكتابة **المستبينة الموجهة الى الزوجة بعنوانها** والمشتملة على عبارة موجهة اليها مضيفا فيها الطلاق اليها ·

ومن الصريح ايضا اشارة الاخرس اذا دلت على الطلاق ولم تحتمل غيره في عرفه المعلوم لدى المتصلين به · فهذه الاشارة بهذا التحديد تكون عند الاخرس بمنزلة اللفظ الصريح عند غيره · اما اذا كان قادرا على الكتابة فطلاقه يكون بالكتابة لا بالاشارة المفهمة حسب الرأى الراجح لان الكتابة أكثر دلالة على المقصود ·

ويجب لكى يقع الطلاق الصريح ان يكون مضافا الى الزوجة كقوله لها : انت طالق ·

وان يكون المطلق فاهما معنى الصيغة ، فلو قال اعجمى لزوجته : انت طالق غير فاهم معنى هـذه العبارة لا يقع الطلاق ٠

والطلاق بالكناية يكون بكل لفظ غير مختص بالطلاق فلم يوضع له في الاصل بل يحتمله ويحتمل غيره فلا بد لكى يجعل للطلاق من مرجح كالقرينة التى تصرف اللفظ للطلاق ٠

والمذهب الحنفى لا تطلق الزوجة بمقتضاه بالكناية ، الا بدلالة الحال على معنى الطلاق فدلالة الحال قرينة على ان المـراد باللفظ هو الطلاق فيكون دالا عليه ، فان لـم تكن هناك دلالة حال على الطلاق واحتمل اللفظ الطـلاق وغيره فان الطـلاق يقع ان وجدت النية ٠

وعند الشـافعى ومالك لا اعتبار بدلالة الحال بل لابد من النية لان المطلق مختار في جميع احـواله ولا يبعد ان يضمر خلاف الظاهر ٠

لكن الحنفية استندوا على ان الحال اقوى دلالة من النيـة لانها ظـاهرة والنية امر باطنى فكانت الحالة الظاهرة مغنية عن النية ومعينة للمقصود ٠

ومن الفاظ الكناية في الطلاق قول الزوج لزوجته : انت حرة أو اذهبى لاهلك ٠

والطلاق عند الشيعة لا يقع الابصيغة خاصة وهى (انت) أو (هـذه) أو (فلانة طالق) فلو قال انت مطلقة لا يقع الطلاق ابدا (١) ٠

وقد كان العمل في مصر بالنسبة للطلاق بالكناية على مذهب ابى حنيفة حتى صدر القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ اذ نص في المـادة الرابعة منـه على ان : « كنايات الطلاق وهو ما يحتمل الطلاق وغيره لا يقع بهـا الطـلاق الا بالنية » ، فالقانون قد طبق مذهب الشافعى ومالك اذ اشترط نية الطـلاق حتى يقع الطلاق بالكناية ٠

---

(١) الزواج لانور الخطيب ص ٤٨ ، ٥٢ ٠

واذا حصل خلاف بين الزوجين في هذا السبيل بان صدر لفظ من الفاظ الكناية من الزوج فادعت الزوجة انها طلقت منه بهذا اللفظ وادعى هو انه لم ينو الطلاق فانه يصدق بيمينه ، فان حلف خسرت هى الدعوى وان نكل عن الحلف صدقت هى في الدعوى وحكم على مقتضي ذلك ·

وقد نصت المادة ١٠٩ من قانون حقوق العائلة على ان الطلاق يقع بالالفاظ الصريحة وبألفاظ الكناية المتعارف عليها بحكم الصريحة اما الغير متعارف عليها فوقوع الطلاق بها متوقف على نية الزوج واذا اختلف الطرفان في كون الزوج نوى الطلاق ام لا فيصدق الزوج بيمينه · وظاهر من هذا النص انه بالنسبة للطلاق بالكناية اتبع مذهب الشافعى ومالك اذ جعل الطلاق متوقفا على نية الزوج ·

المطلب الثانى

صيغة الطلاق

٢٦٥ ـ قد تكون صيغة الطلاق منجزة وقد تكون معلقة وقد تكون مضافة للمستقبل · والاولى هى التى تفيد وقوع الطلاق مع ترتيب آثاره حالا ، والثانية هى التى تفيد وقوع الطلاق عند وجود امر يوجد في المستقبل ويشترط لذلك كون الامر الذى علق عليه الطلاق مما يوجد في المستقبل والا يكون مستحيل الوجود فان كان الامر المعلق عليه الطلاق موجودا فعلا لم يكن الطلاق معلقا بل هو منجز كمن يقول لامرأته ان ولدت بنتا فانت طالق وتكون قد ولدت بنتا فعلا وقت النطق بالصيغة ، وان كان الامر الذى علق عليه الطلاق مستحيلا فانه يكون نفيا مؤكدا للطلاق ولا يكون تعليقا كمن يقول لزوجته : ان دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق · ولا يقع الطلاق المعلق على مشيئة المولى سبحانه وتعالى لانها مغيبة عنا فلا يعلم وجودها ·

والاضافة الى الزمن المستقبل تفيد الصيغة فيها انشاء الطلاق حالا مع تأخير الاحكام الى الزمن المستقبل كأن يقول لها انت طالق بعد شهر ،

أو انت طالق غدا ويشترط هنا أن يكون الزوج اهلا لان يوقع الطلاق في الحال وتكون هى صالحة لان يقع عليها الطلاق في الزمن الذى اضيف اليه . ولا يشترط كون الزوج اهلا للطلاق في ذلك الوقت . ويلاحظ ايضا انه في الطلاق المعلق يجب ان يكون الزوج اهلا للطلاق وقت انشاء الصيغة لان الصيغة هى التى دلت على الطلاق فيجب ان يكون وقتها اهلا له والا كانت عديمة المعنى (١) .

٢٦٦ – وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية على مذهب ابى حنيفة في الطلاق المعلق وهو يسوغ كل تعليق وهذا هو مذهب باقى الائمة الاربعة لكن الشارع عدل عن ذلك في القانون رقم ١٩٢٩/٢٥ فقد نصت المادة الثانية منه على انه : « لا يقع الطلاق غير المنجز اذا قصد به الحمل على فعل شيء او تركه لاغير » . وقد جاء في المذكرة الايضاحية عن هذا النص ان التعليق ان كان غرض المتكلم به التخويف أو الحمل على فعل الشيء أو تركه وهو يكره حصول الطلاق ولا وطر له فيه كان في معنى اليمين بالطلاق . وان كان يقصد به حصول الطلاق عند حصول الشرط لانه لا يريد المقام مع زوجته عند حصوله لم يكن في معنى اليمين .

---

(١) التعليق عند الحنفية قسمان : تعليق على فعل من الافعال غير الزواج . والثانى التعليق على الزوج نفسه . ويشترط في الاول : (١) كون الزوج اهلا لوقوع الطلاق وقت انشاء الصيغة ويملكه ولا يشترط ان يكون اهلا له وقت وقوع الفعل (٢) وان يكون التعليق ووقوع الفعل في حل واحد عند أبى حنيفة والصاحبين . فلو علق طلاق امرأته ثم طلقها ثلاثا أو مكملا للثلاث وانتهت عدتها وتزوجها آخر ودخل بها ثم طلقها وبعد انتهاء عدتها تزوجها الأول ثم وقع الامر المعلق عليه لا يقع الطلاق لان الطلاق المعلق طلقة واحدة أو أكثر من طلقات الحل الاول الثلاث وقد زال كله فلا يمكن ان يتحقق طلاق بوجود هذا الامر الذى كان معلقا . ولا يشترط بقاء الزواج الذى حصل فيه التعليق ، فلو علق طلاقها ثم طلقها واحدة وانتهت عدتها ثم تزوجها بعد ذلك ووقع الشيء المعلق عليه فان الطلاق يقع .

وعند زفر لا يشترط بقاء الزواج ولا يشترط بقاء الحل فلو علق طلاقها =

وقالت المذكرة انه اخذ في الغاء الطلاق المعلق الذى في معنى اليمين برأى الامام على وشريح وعطاء والحكم بن عتبة وداود واصحابه وابن حزم .

وتطبيق هذه المادة يرجع فيه لقصد المتكلم وتفسير هذا القصد مرجعه اليه ما لم توجد قرينة حال شاهدة . فان لم توجد هذه القرينة وحصل الاختلاف في قصده فتدعى مثلا قصد الطلاق بالتعليق وينكر هو قصد الطلاق ويقول انه قصد فقط حملها مثلا على فعل شيء معين فالقول قوله بيمينه .

ولدى الشيعة تعليق الطلاق واضافته للزمان المستقبل فاسد (١) .

= على امر ثم طلقها ثلاثا وبعد زواجها بغيره وطلاقها منه وانتهاء عدتها تزوجها ووقع الشيء المعلق عليه يقع الطلاق لان الرجل علق وما قيد بحل معين واذا كان قد تعذر الطلاق بالفرقة قبل وجود المعلق عليه فاذا جاء الحل عاد والتعليق ما زال باقيا . (٣) ويشترط كذلك كون المرأة عند وجود الصيغة والامر المعلق عليه صالحة لا يقاع الطلاق عليها بان تكون زوجة أو في عدة يقع الطلاق عليها فيها . اما التعليق على الزواج فهو صحيح ولا يشترط ان تكون المرأة وقت الصيغة صالحة لا يقاع الطلاق عليها . والتعليق على الزواج صحيح عند المالكية ايضا خلافا للشافعية والحنابلة فعندهم لا يجوز تعليق الطلاق على الزواج .

والتعليق في كل صوره كاليمين عند الحنفية ولا رجوع فيه فليس للزوج ان يرجع عن قوله بل يجب ان يمضي فيه أو يحنث (محمد ابو زهرة ص ٢٩٥ وما بعدها) .

(١) الزواج لانور الخطيب صفحة ٥٢ . وقد استند في قوله على المادة ١٢٨ من الفصول الشرعية .

المبحث الرابع

عدد الطلقات

٢٦٧ - الزوج يملك ثلاث طلقات ودليل ذلك قوله تعالى : « **الطلاق مرتان** فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ، ومن يتعد حدود الله فاولئك هم الظالمون . **فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** » ، فالطلقات المذكورة ثلاث :

الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث :

٢٦٨ - تدل الآية الكريمة آنفة الذكر بعبارتها ان الطلقات الثلاث لا تقع دفعة واحدة بل تقع على دفعات ، ومعنى هذا ان الطلاق المقترن بالعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة لكونه دفعة واحدة . ومع ذلك فقد اختلفت مذاهب الفقة في هذه المسالة وفى حصول الطلاق بالتكرار في نفس المجلس كأن يقول لزوجته المدخول بها في مجلس واحد . انت طالق ، انت طالق ، انت طالق :

ففريق يقول انه لوطلق طلقتين يقع طلقتين وان طلق ثلاثا دفعة واحدة يقع ثلاثا ، وفريق على ان الطلاق هنا لا يقع الا واحدة ، وفريق على أنه لايقع طلاق بالمرة .

أما الذين اوقعوا ثلاثا أو اثنتين اذا طلق هكذا باللفظ أو الاشارة أو التكرار في نفس المجلس دفعة واحدة فمنهم الائمة الاربعة فقد استندوا على فتاوى منسوبة لبعض الصحابة بان من طلق امرأته ثلاثا هكذا وقع الطلاق ثلاثا ، ومن هؤلاء الصحابة على وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب وما كان لمثل هؤلاء ان يفتوا بذلك الا ان يكونوا سمعوه من الرسول ﷺ واذا كانت قد وردت احاديث بخلاف هذا الرأى فلابد من كونها نسخت في عهد النبى ﷺ .

واما الذين اوقعوه طلقة واحدة فان هذا مروى عن على بن ابى طالب وابى موسي الاشعرى وهو مذهب بعض الظاهرية وهو محكى عن بعض التابعين وعن جماعة من مشايخ قرطبة وافتى به ايضا ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، ومما احتجوا به :

١ - ان السنة ان يطاق طلقة واحدة في طهر لم يمسسها فيه ولا في الحيض الذى قبله فان تجاوز السنة وطلق ثنتين أو ثلاثا في لفظ واحد أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس المجلس يكون متجاوزا السنة فيصير ما زاد عن الطلقة الواحدة لغوا ولا يقع الا طلقة واحدة ٠

٢ - وان صريح قوله تعالى : « الطلاق مرتان » الآية ٠٠٠٠ مفيد ان الطلاق لا يكون الا على دفعات فلا تقع أكثر من طلقة دفعة واحدة ٠

٣ - وفضلا عن ذلك فقد روى مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه ان الطلاق الثلاث كان على عهد الرسول ﷺ وخلافة ابى بكر وسنتين من خلافة عمر لا يقع الا واحدة وان عمر رضي الله عنه قال : ان الناس قد استعجلوا امرا كانت لهم فيه اناة ، فلو امضيناه عليهم ، فامضاه ٠ وعلى ذلك فالرسول اولى بالاتباع من عمر ٠

واما الذين لم يوقعوا شيئا من الطلاق فهم بعض الشيعة الامامية ٠ وحجتهم ان الذى يطلق أكثر من واحدة في لفظ واحد أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس المجلس مخالف للسنة في الطلاق فيكون طلاقه طلاق بدعة فهو مردود لا ينظر اليه ٠

٢٦٩ - وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية على مذهب ابى حنيفة الذى هو مذهب الائمة الاربعة من وقوع الطلاق الاكثر من واحدة دفعة اذا كان بلفظ واحد أو بالاشارة أو بالتكرار في نفس المجلس، لكن الشارع عدل عنذلك فيما يتعلق بالطلاق المقترن بالعدد لفظا أو اشارة فذهب الى انه لا يقع الا واحدة فقد نصت المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٩٢٩/٢٥ على ان ٠ « الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة لا يقع الا واحدة » ٠ وعلى هذا فلو قال لزوجته :

انت طالق ثنتين أو ثلاثا ، أو قال لها : انت طالق ويشير باصابعه ثلاثا أو ثنتين لا يقع شيء من ذلك الا واحدة .

اما الطلاق المتكرر في نفس المجلس كأن يقول لزوجته المدخول بها انت طالق ، أنت طالق ، أو يقول : انت طالق انت طالق انت طالق في مجاس واحد، فانى ارى ان الحكم فيه في جمهورية مصر العربية باق على مذهب ابى حنيفة فيقع ثنتين أو ثلاثا حسبما نطق بالصيغة في المجلس الواحد لان المادة الثالثة المذكورة ذكرت حكم الطلاق المقترن بالعدد **لفظا** أو **اشارة** ، وليس تكرار الطلاق في مجلس واحد من عذا القبيل .

٢٧٠ ـ وقد حكم بان الطلاق المتعدد لفظا أو اشارة يقع واحدا وكذا المكرر في مجلس واحد (١) .

---

(١) محكمة المنيا الشرعية في ١٩٣٥/٦/١٥ المحاماة الشرعية س/٦ع/٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٩٢ رقم ١٣٢ . ولم يستأنف فصار نهائيا .

المبحث الخامس

الطـلاق الرجعى والطـلاق البائن

٢٧١ - ينقسم الطلاق الى رجعى وبائن ، والطلاق البائن بدوره ينقسم الى بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى .

والطلاق الرجعى هو الذى يرفع قيد الزواج الصحيح في المـــآل لا في الحال فيكون للمزوج بعده وحال العـــدة منه ان يراجع زوجته بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين . والطلاق البائن هو الذى يرفع قيد الزواج في الحال ، فلا يملك المطلق فيه حال العدة أن يراجع زوجته الا برضاها وبعقد ومهـــر جديدين وهذا في البائن بينونة صغرى . اما اذا كان بائنا بينونة كبرى فان المطلقة تحرم على مطلقها حرمة مؤقتة فلا يكون له ان يتزوجها من جديد الا ان تتزوج زوجا آخر ويدخل بها دخـــولا حقيقيا ثم تحصل الفرقة لاى سبب من الاسباب وتنقضي عدتها من الزوج الجديد فهنا يكون للزوج الاول ان يتزوجها من جـــديد .

٢٧٢ - متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا :

الطلاق يكون بائنا باتفاق :

١ - اذا كان قبل الدخول لان الطلاق هنا لغير عدة فلا يمكن للمطلق مراجعة من طلقها واهم ما ميز الطلاق الربعى امكان المطلق مراجعة زوجتـــه في العدة بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين ، وما دام ان هذا ينتفى هنا لعدم العـــدة فلا يكون هناك طلاق رجعى .

٢٧٣ - وقد حكم بأن الطلاق بعد الخلوة وقبل الدخول بائن لارجعى (١) وحكم بان حجية الأوراق الرسمية فيما دون بها ليست ثابتة لهـــا اطلاقا ولكنها

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية في ٣٦/٤/٢٥ س / ٩ ع / ٢ ص ١٣١ رقم ٢٠

في خصوص ما يثبته الموظف المختص باصدارها بناء على ما شـاهده أو سمعه ممن نسب اليه المحرر ٠ أما غير ذلك مما يستقل باملائه طرفا العقـد فلا تتناوله تلك الحجية ويتوجه الطعن عليه بكافة الطرق ٠

وبأن من فروع هذه القاعدة أن المطلق اذا وصف طلاقه بأنه بعد الدخول أو أنه رجعى أو غير مسبوق بطلاق لا يكون ذلك حجة على المطلقة فلهـا ان تنازع في ذلك وان تقول انه قبل الدخول وانه بائن أو ثالث الطلقات وتمكن من اثبات ما تدعيه (١) ٠

٢ ـ واذا كان الطلاق على مال ، لانها تفتدى نفسها بهذا المـال الذى تبذل فلو قيل يكون الطلاق الذى على مال رجعيا لم تعد هناك فائدة من هـذا الافتداء لانه يتمكن من مراجعتها دون رضاها وهذا هادم لـما قصـدت اليـه ببذل المـال ٠

٢٧٤ ـ وقد حكم بأنه اذا لم تثبت البراءة المدعى حصولها مقابل الطلاق كان الطلاق رجعيا (٢) ٠

٣ ـ واذا كان الطلاق مكملا للثلاث لان الطلاق هنا مزيل للحل فلا تحل له بعده حتى تنكح زوجا غيره ويباشرها ويطلقها وتنتهى عدتهـا وما دام ان العقد عليها ممتنع عليه فاولى الا يكون له مراجعتها ٠

٢٧٥ ـ ومذهب الحنفية يوافق الامامين مالك والشافعى في كون الطلاق بائنا في الحالات المذكورة ويزيد ان طلاق الزوج لزوجته يكون بائنا كذلك في الحـالات الآتية :

---

(١) محكمة اسـنا الشرعية في ١٩٣٨/١/١٢ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٢ ص ١٥٠ رقم ٣٧ ٠

(٢) محكمة الزقازيق الابتدائية الشرعية في ١٩٣٢/٤/٢٤ المحـاماة الشرعية س / ٤ رقم ٦٦ ص ٢٠٨ ٠

(أ) الطلاق الموصوف بما يفيد البينونة • ومن ذلك ان يقول الرجل لامرأته : انت طالق طلقة بائنة او انت طالق طلقة شديدة ، او انت طالق طلقة لا رجعة فيها •

(ب) والطلاق المشبه بما يدل على العظم كانت طالق طلقة مثل الجبل •

(ج) والطلاق الموصوف بافعل تفضيل يدل على الشدة مثل ان يقول لزوجته : انت طالق اشد الطلاق •

(د) اذا كان الطلاق بالفاظ الكناية فهى تدل على الانفصال في الحال وهذا لا يكون الا بالبائن ومن ذلك ان يقول لها : انت بائن أو انت بتة ما دام قد اقترنت الفاظ الكناية بنية الطلاق أو دلالة الحال أو كانت هناك قرينة •

وهذا الذى يقول به الحنفية هو رأى في مذهب مالك اما الشافعى وأحمد وكذلك على قول في مذهب مالك فان الطلاق لا يقع بائنا الا في الاحوال المذكورة قبل ذلك لان وصف الطلاق عندهم من عمل الشارع فما وصفه بالبينونة فهو كذلك وغيره رجعى لقوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن بالله واليوم الآخر **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك** » ، فهذه الآية صريحة في أن الزوج احق برد زوجته في كل طلاق الا اذا لم تكن عدة أو كان الطلاق على مال أو كان مكملا للثلاث كما نص على ذلك في القرآن الكريم • أما الحنفية فعندهم ان الطلاق وان كان في الأصل رجعيا الا أن للمطلق ان يخلع عليه وصف البينونة والزوج له ان يطلق زوجته ثلاثا دفعة واحدة فأولى ان يملك وصفه بالبينونة•

وقد كان العمل في جمهورية مصر العربية قبل القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على مذهب ابن حنيفة ولكن هذا القانون نص في المادة الخامسة على ان : « كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول

والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا في هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ » . والمقصود بما نص على كونه بائنا في القانونين المذكورين هو : الطلاق للعيب والطلاق لسجن الزوج والطلاق للتضرر بسبب الغيبة والطلاق للضرر بسبب الاذى بالقول أو الفعل بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . ويلاحظ ايضا ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ذكرت ان التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو اباء الزوج الاسلام عند اسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة بعد ما قالت ان المادة الخامسة المذكورة مأخوذة من مذهب الشافعى ومالك . ومما هو جدير بالذكر ان الطلاق في الحالات التى ابقت المذكرة الحكم فيها على مذهب ابى حنيفة هو طلاق بائن في هذا المذهب .

والخلاصة انه طبقا للمعمول به الآن في جمهورية مصر العربية يكون الطلاق بائنا في الحالات الآتية : الطلاق المكمل للثلاث . والطلاق قبل الدخول ـ والطلاق على مال ـ والطلاق للعيب ـ والطلاق للسجن ـ والطلاق للتضرر بسبب الغيبة ـ والطلاق للضرر ـ وكذلك الطلاق بسبب اللعان ـ أو العيوب التناسلية، (وهى العنة والجب والخصاء) أو اباء الزوج عن الاسلام (١) .

٢٧٦ ـ وقد حكم ان المسيحية اذا أسلمت وهى متزوجة بمسيحي وطلبت التطليق بناء على ذلك أجاب القاضي طلبها ما دام الزوج قد أبى الاسلام بعد عرضه عليه . ومما جاء في الحكم : ان المنصوص عليه شرعا في كتب المذهب (الحنفي) المعول عليها اذا اسلمت زوجة الكافر عرض القاضي عليه الاسلام فان أسلم فهي زوجته وان أبي فرق بينهما ويكون ذلك طلاقا بائنا (٢) .

---

(١) الطلاق بعد الخلوة الصحيحة ولو انه طلاق الي عدة فالظاهر انه يكون بائنا لانه طلاق قبل الدخول والعدة للاحتياط . وهو عند الشافعي ومالك بائن لانه قبل الدخول .

(٢) بنى مزار الشرعية في ١٩٣١/١/١٥ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ١٠ رقم ١٣٢ ص ٩٥٧ . ولم يستأنف الحكم .

وبأنه اذا أسـلمت زوجة الذمى عرض عليه الاسـلام فان أسـلم فهى امرأته وان أبى فرق القـاضي بينهما بطـلاق تبين به الزوجة ٠ وممـا في الحـكم أن ذلك هو المنصوص عليه شرعا وقد أخذ به أبو حنيفة ومحمد(١) ٠

ومما استند عليه الحكم قول ابن الهمام في الفتح ان رجـلا من تغلب أسـلمت امرأته وهى نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطـاب فقـال له : أسلم والا فرقت بينكمـا ٠ فأبى ففرق بينهما وظهـر حكمه بينهما ولم ينقل خلاف أحد له ٠

وبأنه اذا أسـلمت زوجة المسـيحى وأبى هو الاسـلام بعد عرضه عليه من القاضي فرق بينهما بطلقة بائنة ٠

ومما جاء في الحكم قوله : اسلمت وبعرض الاسـلام عليه واعلانه بذلك لم يحضر ولم يبد عذرا شرعيا مقبولا وعدت المحكمة هذا اباء عن الاسـلام كما لو عرض عليه الاسـلام فسكت ٠

وقد نقل الحكم عن البدائع ج/٢ ص ٣٣٦ ، ٣٣٧ ما نصه أ

(وأما ما يرفع النكاح ٠٠٠٠٠ ومنها اباء الزوج الاسلام بعد ما أسلمت زوجته في دار الاسلام ٠ ومنها اباء الزوجة الاسـلام بعد ما أسـلم زوجهـا المشرك أو المجوسي في دار الاسـلام ٠ وجملة الكلام فيه أن الزوجين الـكافرين ، اذا اسـلم أحدهما في دار الاسلام ، فان كانا كتابيين فأسلم الزوج فالنكـاح بحاله لأن الكتابية محل لنـكاح المسـلم ابتداء فكذا بقاء ٠ وان أسلمت المرأة فلا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ولكن يعرض الاسلام على زوجها فان اسلم بقيا على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضي بينهما لأنه لا يجوز أن

---

(١) محكمة ديروط الشرعية في ١٩٣٢/٨/٢٣ المحاماة الشرعية س/٥ ع / ١ ، ٢ رقم ٥٨ ص ١٥٥ ٠ ولم يستأنف الحكم ٠ ومما استند عليه الحكم : فتح القدير ج/٢ ص ٥٠٦ ـ البحر ج/٣ باب نكاح الكافر ص ٢١١ ـ تنقيح الحامدية ج/١ ص ٦٥ باب العدة ٠

تكون المسلمة تحت نكاح الكافر ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه ٠ وان كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما أيهما كان يعرض الاسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الاسلام عندنا ٠ فان أسلم فهما على النكاح وان أبى الاسلام فرق القاضي بينهما لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم غير ان الأباء ان كان من المرأة يكون فرقة بغير طلاق لأن الفرقة جاءت من قبلها وهو الاباء من الاسلام والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا لأنها لاتلى الطلاق فيجعل فسخا ٠ وان كان الاباء من الزوج يكون فرقة بطلاق فى قول أبى حنيفة ومحمد ٠ وعند أبى يوسف يكون فرقة بغير طلاق (ويقول الشيخ عبد الغنى الميدانى عن هذا الخلاف : والصحيح قولهما) ٠

ويقول العلامة ابن عابدين جـ / ٢ من حاشية رد المحتار ص ٣٩٩ عند قول الشارح والمصنف : (والتفريق بينهما طلاق ينقص العدد لو أبى لا لو أبت) قال : (قوله أسلم ثم تزوجها يملك عليها طلقتين فقط عندهما ٠ وقال أبو يوسف انه فسخ ٠ ثم هذا الطلاق بائن قبل الدخول أو بعده ٠ قال في النهاية : حتى لو أسلم الزوج لا يملك الرجعة ٠ قال في البحر : وأشار بالطلاق الى وجوب العدة عليها ان كان دخل بها) ٠٠٠٠ الخ ٠٠٠ (١) ٠

وحكم بأن قائل كلمة الكفر جهلا وهو مهتاج الشعور ثائر النفس لايعى ما يقول لا يحكم بارتداده اذ محل الايمان القلب ولا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمل مانسب اليه على حمل آخر حسن أو كان في كفره اختلاف ولو في رواية ضعيفة (٢) ٠

---

(١) محكمة مغاغة الشرعية في ١٩٣٢/٦/٥ المحاماة الشرعية س / ٦، ع / ١ ، ٢ ص ١٤٨ رقم ٤٠ ٠ صار الحكم نهائيا ٠

(٢) محكمة أشمون الشرعية في ١٩٣٣/١٠/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٣ ، ٤ رقم ١١٢ ص ٣٧٦ ٠ وقد صار الحكم نهائيا ٠

حكم الطلاق الرجعي :

٢٧٧ - أهم احكام الطلاق الرجعي هي :

١ - هذا الطلاق لا يزيل الملك ولا يزيل الحل . فكل يملك بالنسبة لصاحبه حقوق الزوجية . والزوج يحل له ان يراجع من طلقها رجعيا ، وهذا خلال العدة . اما بعدها فالملك يزول لكن يبقى الحل فله ان يتزوجها متى شاء بعقد ومهر جديدين .

٢ - وهو وان كان لا يزيل الملك ولا الحل لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج فان كان يملك ثلاثا نقصت واحدة وان كان يملك طلقتين صارت واحدة فقط .

٣ - والزوج له ان يراجع مطلقته رجعيا حال العدة بدون رضاها وبلا حاجة لعقد ومهر جديدين .

٤ - يجري بينهما التوارث اذا مات احدهما عن الآخر حال العدة .

٥ - اذا كان مؤخر الصداق مؤجلا لاقرب الاجلين : الطلاق أو الموت فلا يحل اجله بالطلاق الرجعي لانه لا يقطع حبل الزوجية ، فاذا انتهت العدة دون ان يراجعها حل هذا المؤخر .

والذي يبين مما تقدم ان الطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة يكون بائنا وسيأتي بيان حكمه .

٢٧٨ - **الرجعة** : الرجعة تكون بالقول أو بالفعل عند الحنفية . فلو قال لها : راجعتك . أو دخل بها أو كان منه ما يعتبر من مقدمات الدخول عد هذا رجعة . اما الشافعي فعنده ان الرجعة لا تكون الا بالقول .

واصل الخلاف ان الرجعة عند الاولين تعتبر استدامة للنكاح الذي لم يزله الطلاق الرجعي لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن » ، فقد سمى المطلق بعلا

والبعل هو الزوج . وكذا قوله تعالى : « فامسكوهن بمعروف » ، والامساك هو الابقاء . والرجعة عند الشافعى تعتبر اعادة للنكاح الذى ازاله الطلاق وهو يستند في ذلك أيضا على آية : « **وبعولتهن أحق بردهن** » ، فقد سميت فيها الرجعة ردا فيكون معناها اعادة شيء ذهب . ولذلك منع الشافعية الرد بالفعل لان المطلقة رجعيا على مذهبهم قبل ان يراجعها بالقول لا تحل له ولا يمكن ان تكون رجعة بأمر محرم .

وهل يجب الاشهاد على الرجعة القولية ؟

عند ابى حنيفة ومالك وفي قول لاحمد بن حنبل وفي مذهب الشافعى الجديد يستحب الاشهاد على الرجعة القولية وعلى ذلك فالاشهاد عندهم ليس بشرط في الرجعة . وعند الشافعى في مذهبه القديم وفي قول لاحمد بن حنبل وعند الشيعة الاشهاد شرط في الرجعة كما هو شرط في الزواج لان الرجعة اعادة للزواج فهى في حكم الانشاء له .

والمعمول به في هذه المسألة في جمهورية مصر العربية هو المذهب الحنفى .

والرجعة ثابتة للزوج في الطلاق الرجعى باثبات الشارع وعلى ذلك لا يملك اسقاطها بعد ان تثبت بتمام صيغة الطلاق .

وهى لا تصح الا منجزة لأنها استدامة للملك وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع الا كذلك . وبناء عليه لا تثبت الرجعة بصيغة معلقة على امر مستقبل . وهى ايضا لا تثبت بصيغة مضافة الى المستقبل .

وليس اعلام المرأة بالرجعة شرطا لصحتها وان كان الاولى الاعلام حتى لا يحصل خلاف فيها .

واذا انتهت العدة لا يستطيع المطلق مراجعة من طلقها رجعيا لانها تكون حينئذ قد بانت منه وزال الملك . وهو يستطيع فقط ان يعقد عليها من جديد اذا كان الحل باقيا بان لم تكمل الثلاث طلقات التى يملكها الرجل .

٢٧٩ ـ وقد حكم بان المطلق رجعيا اذا أقر في مدة لا تحتمل انقضاء العدة بأنه راجع مطلقته صدق ويقوم اقراره مقام انشاء الرجعة ويعتبر به مراجعا (١) ٠

وبأن ادعاء الرجعة بعد انقضاء العدة قول غير مقبول شرعا لان الزوج لا رجعة له على زوجته بعد انقضاء عدتها الا بعقد ومهر جديدين (٢) ٠

وبأن المطلقة للاعسار اذا راجعها المطلق لها أن ترفع الدعوى عليه ببطلان الرجعة لأن شرط الرجعة ثبوت الميسرة من قبل الرجعة (٣) ٠

وحكم بان المطلق يعامل (في حق نفسه وحق الشرع) باقراره بالطلاق وانقضاء العدة في زمن يحتمل ذلك فليس له معه حق مراجعة مطلقته (٤) ٠

وقد نقل الحكم عن شرح الدر جـ / ٢ ص ٦٣٢ وفيه عن المحيط : كذبته في مدة تحتمله لم تسقط نفقتها وله نكاح اختها عملا بخبريهما بقدر الامكان ٠

وقال رد المختار تعليقا على هذا (فالحاصل أنه يعمل بخبريهما بقدر الامكان ، بخبره فيما هو حقه وحق الشرع وبخبرها في حقها وجوب النفقة والسكنى والمسالة مفروضة في الاختلاف مع زوجها الذى طلقها ٠ ا٠ هـ) ٠

---

(١) محكمة الصف الشرعية في ١٩٣٢/٣/٧ المحاماة الشرعية س/٤ رقم ٧٥ ص ٢٢٥ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٢) محكمة دمياط الشرعية في ١٩٢٩/١٢/٩ المحاماة الشرعيه س / ١ ع / ٥ رقم ١٢٨ ص ٤٣٣ ٠

(٣) محكمة شبراخيت الشرعية في ١٩٢٩/٧/٢٥ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٢ رقم ١٧٧ ص ٦٢٦ ٠

(٤) محكمة ملوى الشرعية في ١٩٣٤/٣/٧ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٧٧ رقم ٢٧٣ ٠
وقد استؤنف الحكم وتأيد ٠

وقال الحكم عقب ذلك : أى اختلافهما في انقضاء العدة على ما يؤخذ من السياق ولاشك أن المدة في وقت اقراره المذكور (يعنى في القضية) تحتمل انقضاء العدة وقد كذبته في انقضائها فيعامل باقراره في حق نفسه وبمقتضي اقراره أنه لا يملك عليها الرجعة التى هى من حقه قياسا على جواز تزوجه باختها ولا يقال ان المدعية كذبته في هذا الاقرار ورفضت دعواه ابطال نفقة العدة فيكون مكذبا شرعا في اقراره لان تكذيبها له لا يمنع من معاملته باقراره في حق نفسه ولأن الغرض من رفع الدعوى المذكورة ينصب على أنه غير محق في اسقاط حقها في نفقة العدة ...... يتبين مما تقدم أن المدعية بائنة من المدعى عليه فلا يملك عليها الطاعة .

وحكم بان المطلقة رجعيا اذا ادعت ارثها لمطلقها المتوفى لأنه راجعها مستدلة باعترافه بانها زوجته مع انه دفع دعواها بعده بانقضاء عدتها ثم اصطلح الطرفان على تقرير نفقة عدة للمدعية من تاريخ سابق على ذلك الاعتراض فلا يكون هذا كافيا لتاييد دعوى المدعية فلا تكون دعوى الارث مسموعة (١) .

٢٨٠ ـ حكم الطلاق البائن :

وقد يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى وقد يكون بائنا بينونة كبرى وهذا الاخير هو الطلاق المكمل للثلاث ، ومن الاول الطلاق على مال والطلاق قبل الدخول ما دام انه ليس مكملا للثلاث .

ومما يستقل به البائن بينونة صغرى انه لا يزيل الحل فالمطلق له ان يعقد على مطلقته بائنا بينونة صغرى سواء كان هذا في العدة أو بعدها وهو ايضا يحتسب من عدد الطلقات التى يملكها الرجل فاذا كان الاول فانه ينقص واحدة من الثلاث واذا كان الثانى فانه لا يبقى له بعده الا واحدة .

---

(١) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/٩/١٢ المحاماة الشرعية س / ٣ ع/٦ رقم ١٣٨ ص ٥١٩ . وقد تايد في الاستئناف من المحكمة العليا الشرعية .

ويستقل البائن بينونة كبرى بانه مزيل للحل فضلا عن الملك فـلا يكـون للمطلق هنا ان يعقد على مطلقته بعد الطلاق المكمل للثلاث الا ان تتزوج زوجـا غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا وتحصل فرقة من هذا الزواج الجديد وتنتهى العدة . فيجب كون الزواج الثانى صحيحا وان يحصل فيه دخول حقيقى وان تنتهى العدة منه ، فان كان ذلك فان مطلقها الاول يمكنه ان يتزوجها من جـديد .

ومما يشترك فيه البائن بينونة صغرى ، وكبرى من الاحكام :

١ ـ انه يحل بكل منهما مؤخر الصداق اذا كان مؤجلا لاقرب الاجلين . الطلاق أو الوفاة لان به قد تم الانفصال .

٢ ـ وانه لا يجرى التوارث فيهما بين الطرفين ولو كانت وفاة احدهما عن الآخر حصلت في العدة الا ان يكون الزوج فاراً من الميراث وحصلت الوفـاة في العـدة على ما سنبين .

المبحث السـادس

طلاق المريض مرض الموت

٢٨١ - مرض الموت هو ذلك المرض الذى يخشي فيه الموت ويحدث منه الموت غالبا ويتصل الموت به . ولا بد لكى يعتبر المرض مرض موت من ان يعجز المريض عن القيام بمصالحه .

ويلحق بالمريض مرض الموت في الحكم كل من يكون في حالة يخشي معهـا الهلاك ويتوقعه ويموت بما توقع فيه الموت . ومثاله من يحكم عليه بالاعدام ويعـدم فعلا ومن يكون في سـفينة تقاذفتها الامواج وتوقع لذلك الغرق وحـدث ان غـرق فعلا .

وطلاق المريض مرض المـوت ان كان رجعيا فحكمه حكم طلاق الصحيح رجعيا ومن ذلك انه لـو مات احدهما عن صاحبه في العدة ورثه الآخر .

واذا كان الطلاق بائنا وطلقها زوجها في مرض الموت ومات من هذا المرض وهى في العدة واعتبر بهذا الطلاق فارا من الميراث فانها مع كون الطلاق بائنـا ترثه عند الحنفية .

ويعتبر الزوج فارا من الميراث اذا كان الطلاق بائنا وكان الزوج في الطلاق طائعا وبغير رضاها وكانت هى مستحقة للميراث من وقت الطـلاق حتى وقت الوفاة من مرض الموت الذى طلقها خلاله .

وعلى ذلك فاذا كان مكرها ، والمعروف ان طـلاق المكـره يقع عنـد الحنفية ، فانه لا يعتبر فارا من الميراث . واذا كان الطلاق بطلبها او كان على مال فـلا يعتبر فارا . وكذلك ان لـم تكن مستحقة للميراث وقت الطـلاق ولو صارت مستحقة له وقت الوفاة . ومثال ذلك ان تكون وقت الطلاق غير مسلمة ثم اسلمت بعـده ، فلا يعتبر الزوج فارا من الميراث ، ومثل ذلك ان

تكون وارثة وقت الطلاق ثم لا تكون وارثة حتى وقت الوفاة ومثال ذلك ان تكون وقت الطلاق مسلمة ثم ترتد ثم تعود الى الاسلام اذ بارتدادها اسقطت حقها في الميراث وازالت عقدة النكاح بسبب من جانبها فصارت كالتي رضيت الفراق فلا تستحق ميراثا ٠

وقد قال الشافعي ان المطلقه في مرض الموت طلاقا بائنا لا ترث ومثلها في ذلك المطلقة طلاقا بائنا في الصحة لان الزوجيه ارتفعت بحصول الطلاق البائن قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين ولا عبرة بمظنة الفرار لان الاحكام لا تناط بالامور غير الظاهرة ٠

وقال الحنفية ان الزوجية قد ازيلت بقصد ابطال حق الزوجة في الارث فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية ٠

٢٨٢ ـ واذا كانت الفرقة من جانب الزوجة في مرض الموت وكانت طائعة مختارة ولم يكن ما كان منها برضا الزوج ، فانها تعتبر فارة ويستحق زوجها الميراث ان ماتت وهي في العدة لانها قصدت حرمان زوجها من الميراث فيرد قصدها عليها ٠

ومثال ذلك ان ترتد الزوجة عن الاسلام أو تختار نفسها بخيار البلوغ أو الافاقة ٠

٢٨٣ ـ وقد حكم بأن المطلقة اذا ادعت للارث حصول الطلاق في مرض الموت وادعت الزوجة حصوله في الصحة ولم تثبته فالقول لمدعية المرض بيمينها [1] ٠

وبأنه اذا ادعت المطلقة بائنا بعد وفاة مطلقها حصول الطلاق في مرض الموت وادعى الورثة حصوله في الصحة صدقت المطلقة بيمينها لانها متمسكة

---

(١) المحكمة العليا الشرعية في ٢٠/١٠/١٩٢٧ المحاماة الشرعية س / ٧ ع/ ٩ ، ١٠ ص ٧٥٧ رقم ١٨٨

بالأصل اذ المرض آقرب الى الموت من الصحة والأصل اضافة الحادث لاقرب أوقاته كما أن البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر ولا يصدق الورثة الا بالبينة فان أقاموها حكم لهم برفض دعوى المطلقة الميراث (١) .

وبأنه لا يعتبر الطلاق صادرا في مرض الموت ومانعا من الارث اذا ثبت ان المتوفى زاول عمله خارج البيت بعد وقوع الطلاق المدعى حصـوله في مرض الموت فرارا من الارث لان المرض هنا لا يكون مرض موت (٢) .

---

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٤/٥/٢٩ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٨١ رقم ١٢٧ . وقد صار نهائيا بعـدم الاستئناف .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/٨/٢٧ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٣٩ رقم ٣٣ ــ لم يستأنف .

المبحث السابع

التفويض

٢٨٤ - للزوج ان يفوض غيره في طلاق امرأته وهذا التفويض يكون بتعليق امر الطلاق على مشيئة من فوضه · كأن يقول له طلق امرأتي ان شئت اذ تعليق الطلاق على مشيئة الاجنبي فيه تفويض له فيه ، فالامر في التفويض فيه تمليك الاجنبي لامر الطلاق ان شاءه ·

ويجدر هنا التفرقة بين التفويض والتوكيل والرسالة :

فالمفوض في الطلاق يعمل بارادة نفسه والعبارة له . في حين ان الوكيل يعمل بارادة الموكل مع ان العبارة للوكيل · اما الرسول فانه ينطق بلسان من ارسله وبارادته ايضا · وعلى ذلك فالوكيل اقل حالا من المفوض والرسول اقل حالا من الوكيل ·

ونظرا لكون التفويض يختلف عن التوكيل في طبيعته فان بينهما خلافا في الاحكام ، ومن ذلك :

١ - الزوج ان وكل آخر في ان يطلق امرأته يمكنه عزله في اى وقت شاء · اما اذا فوض آخر في ذلك فليس له ان يعزله بل يلزمه · والسبب ان التفويض تعليق الطلاق على مشيئة المفوض فهو طلاق معلق ومن علق الطلاق على امر فليس له ان يرجع ويلغى هذا التعليق · ومع ان الزوج هنا لا يستطيع عزل المفوض فان له ايضا أن يطلق امرأته لان التفويض لا يسلبه هذا الحق وكل الذى حصل انه اشرك غيره فيما يملكه من تصرف وهو الطلاق ·

٢ - والوكيل لا يتقيد بوقت اما التفويض فانه يتقيد بمجلسه الا اذا عمت صيغة التفويض كل الاوقات كأن يقول لغيره : طلق امرأتي في اى وقت شئت ·

٢٨٥ - والتفويض قد يكون لشخص آخر وقد يكون للزوجة . وانابة الزوجة في الطلاق لا تكون الا تفويضا لانه اذا انابها عنه في الطلاق ولو كان ذلك بصيغة التوكيل فقد جعل طلاقها تبعا لمشيئتها فيكون الامر تفويضا . وعلى ذلك فلو قال لها : طلقي نفسك ، أو امرك بيدك واراد بهذا القول الطلاق فان هذا يكون تفويضا .

٢٨٦ - والتفويض كما قلنا تعليق للطلاق من جانب الرجل فلا يملك الرجوع فيه وان فوض الرجل امرأته في الطلاق تفويضا مطلقا تقيد بالمجلس ، فاذا كانت حاضرة تقيد بالمجلس ، والا يصدر عنها ما يدل على الرفض . واذا كانت غائبة فان المجلس هنا هو مجلس علمها ويبطل برفضها في المجلس أو اعراضها وانصرافها عن المجلس من غير رفض أو قبول .

واذا تقيد التفويض بزمن فانه يستمر حتى ينتهي هذا الزمن كشهر فان انقضي ولم تطلق نفسها بطل التفويض .

واذا كانت صيغة التفويض تعم كل الاوقات كقوله لها : طلقي نفسك متى شئت فيكون لها ان تطلق نفسها في اى وقت شاءت بلا تقيد بوقت معين ، واذا طلقت نفسها مرة بطل التفويض الا ان يكون شرط لها التكرار بان يكون قد قال لها مثلا : طلقي نفسك متى شئت وكلما شئت فلها تطليق نفسها مرة ومرتين وثلاث مرات .

٢٨٧ - والفاظ تفويض الرجل لامرأته كثيرة وقد ذكر الفقهاء ثلاثة هى : طلقي نفسك ، واختارى نفسك ، وامرك بيدك . والعبارة الاولى صريحة في الطلاق فلا تحتاج لنية والعبارتان الثانية والثالثة من كنايات الطلاق فيجب لكى يتم التفويض بهما ان توجد النية .

٢٨٨ - واذا طلقت المرأة نفسها بناء على التفويض فان الطلاق يكون رجعيا الا اذا حصل قبل الدخول أو كان على مال أو كان مكملا للثلاث .

٢٨٩ - والتفويض يصح قبل عقد الزواج وعند انشائه ويصح بعده وذلك عند الحنفية لأن تعليق الطلاق قبل الزواج جائز اذا كان التعليق على الزواج أو على الزواج وشرط آخر معه وقد خالفوا بهذا أكثر الأئمة .

وعلى ذلك فلو قال لها : ان تزوجتك فامرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فانه ان تزوجها ثبت التفويض غير مقيد بزمن معين ويكون لها ان تطلق نفسها متى شاءت ٠

وان كان التفويض عند انشاء الزواج فاذا كان بصيغة تتضمن تعليق التفويض على وجود الزواج ثم تم الزواج فانه يتم معه التفويض اذ يكون في الامر تعليقان : تعليق التفويض على الزواج ، وتعليق الطلاق على مشيئة المرأة ، وتعليق الطلاق على شرطين جائز عند الحنفية ٠ فاذا قال عند انشاء الزواج : تزوجتك وان تم الزواج فامرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فقالت: قبلت الزواج ، فان الزواج يتم ويكون لها حق تطليق نفسها متى شاءت ٠

واذا كان التفويض عند انشاء الزواج بصيغة لا تتضمن تعليقه على تمام الزواج فاذا كان المبتدىء بالايجاب هو الزوجة بان قالت مثلا : « زوجتك نفسي على ان يكون امري بيدي اطلق نفسي متى شئت فاذا قبل يتم الزواج ويكون لها ان تطلق نفسها متى شاءت لان سبقها بالايجاب مع هذا الشرط ثم تعقيبه بالقبول وهو يتضمن قبول الزواج ثم قبول الشرط معناه ان التفويض قد تم بعد انشاء الزواج وهذا جائز في اى وقت من غير تقييد بتعليق معين ٠

اما اذا سبق الزوج بالايجاب ، فقال لها مثلا : تزوجتك على ان يكون امرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت فان قبلت يتم الزواج ولا يكون هناك تفويض لان التفويض وقع قبل الزواج ولم يعلق عليه فوقع الزواج قبل ان يملك الطلاق ٠ ومن المقرر ان من يملك شخصا شيئا لابد ان يملكه وهو لا يملكه قبل الزواج ولم يعلق التفويض على تمام الزواج فلا يثبت ٠ ولكن الصيغة من حيث انشاء الزواج صحيحة فينشأ بها ويكون اشتراط التفويض لغوا ٠

٢٩٠ — وقد حكم بأن ما يصدر من الزوجة من طلاقها بتفويض لها ضمن عقد الزواج يقع بائنا (١) ٠

---

(١) محكمة ههيا الشرعية في ١٩٣١/٩/١٣ المحاماة الشرعية س/٣ع/ ٦ رقم ١٥٧ ص ٥٤٩ ٠

ومما جاء في الحكم انه اذا فرض أن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فيما يتعلق بوقوع الطلاق رجعيا أو بائنا خاص بالطلاق الذى يقع من الزوج دون ماتوقعه الزوجة يكون الطلاق الذى صدر من الزوجة لأول مرة بائنا بمقتضي التفويض الذى تضمنه عقد الزواج وطبقا للقواعد الفقهية في وقوع طلاقها بائنا يتحقق ملك العصمة المشروطة لها في العقد ومتى بانت بالطلقة الأولى لم يملك الزوج مراجعتها ولا يكون له حق طلبها بالطاعة ٠

وحكم كذلك بأن للزوج تمليك زوجته عصمتها فتحتفظ بملكها في عقد الزواج ولها أن تطلق نفسها به حسب صيغه التمليك وما تفيده طلاقا واحدا أو مكملا للثلاث (١) ٠

ومما جاء في اسباب الاستئناف : الطلاق في الأصل ملك الزوج وحده وقد أجيز له أن يفوض أمر الطلاق الى الزوجة بمعنى أن يملكها ما يملك من الطلاق رجعيا أو بائنا ثلاثا أو دونها مقيدا بوقت أو دائما ولكل حالة من هذه الحالات ألفاظ تدل عليها ومنها صريح ومنها كناية (كتاب الطلاق من ابن عابدين ج / ٢ ـ المبسوط في باب الآمر باليد جزء / ٦) وفي القضية نص في العقد على أن تملك عصمتها ويكون أمرها بيدها كيفما شاءت فالمفوض اليها هو الطلاق الذى يملكه الرجل في أى حالة من أحواله ولها ايقاعه في أى وقت بدلالة الحال ومراعاة للعرف لأن من زوجت نفسها بشرط ملك العصمة تريد أن يكون لها من الأمر في حل عقدة النكاح مثل ماللرجل حتى لا يستبد بها في استبقائها كرها وحتى تستطيع أن تقطع هذه العلاقة قطعا كاملا متى ارادت بحيث لا يستطيع هو أن يصلها ٠

وإذا قيل **ان كيفما** لاتدل على التكرار **مثل كلما** قلنا ان هذا في اللغة ونصوص الفقهاء لكنها في العرف الآن ومع قرينة اشتراك ملك العصمة في العقد تساوى كلما وتدل على التكرار لأن العبرة في هذا الباب للعرف ولغة المتعاقدين وان خالفت لغة العرب ولغة الشرع ٠

---

(٢) محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٩٣١/١٠/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٨ ص ٦١ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

الفصل الثانى

الخلع

المبحث الأول

تعريفه وتكييفه

٢٩١ ـ الخلع في اصطلاح الفقهاء هو ازالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة ٠

ومن هذا التعريف يبدو انه يشترط في الخلع شرعا ان تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما اشتق منه كالاختلاع والمخالعة ٠ كأن يقول لزوجته : خالعتك على الف جنيه ٠ أو تقول هي له : اختلعت منك على مبلغ ١٠٠٠ جنيه ٠ أو ان يكون بلفظ يؤدى معنى لفظ الخلع كأن يقول لها : بارأتك على مبلغ ١٠٠٠ جنيه كما يشترط أن يكون ازالة الملك الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه في مقابل بدل وان تقبل الزوجة دفع هذا البدل الى الزوج مقابل الخلع ٠

فاذا قال لها : انت طالق نظير مبلغ ١٠٠٠ جنيه وقبلت ذلك كان هذا طلاقا على مال ولم يكن خلعا ٠ واذا لم يوجد بدل كان طلاقا لا خلعا واذا لم تقبل هي لا يتحقق الخلع ٠

والاصل في هذا النوع من الطلاق قوله تعالى : « ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله ، فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ٠

٢٩٢ ـ تكييف الخلع

الخلع عقد ينعقد بايجاب وقبول ٠ لكن هو من جانب الرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال ٠ ومن جانب المرأة يعتبر معاوضة لها شبه بالتبرعات

وعلى ذلك فان الخلع يأخذ من جانب الرجل احكام التعليق ويأخذ من جانب المرأة احكام المعاوضة التى لها شبه بالتبرعات ومما يترتب على هذا النظر ما يأتى :

١ ـ اذا كان الزوج هو الموجب فليس له ان يرجع عن الايجاب قبل قبولها لان هذا هو حكم التعليق · فعلى سبيل المثال ، اذا قال لها : خلعتك على الف جنيه فسكتت ولم تقم من المجلس فليس له في هذه الفترة ان يرجع · واذا قام هو من المجلس لا يبطل الايجاب لأن أقصي مايقال في قيامه هذا أنه رجوع ضمنى والايجاب لايبطل بالرجوع الصريح فاولى الا يبطل بالرجوع الضمنى · لكن اذا قامت هى من المجلس من غير رد أو قبول فان هذا يبطل الايجاب لان المعاوضات والعقود المالية على وجه العموم تبطل اذا تفرق المجلس بعد الايجاب وقبل القبول ·

واذا كان ايجابه وهى غائبة فانها تتقيد بمجلس علمها فان قامت منه قبل ان تقبل فان الايجاب يبطل ·

واذا كان الايجاب من جهتها بان قالت له مثلا : لك الف جنيه اذا طلقتنى فلها أن ترجع عن هذا الايجاب قبل قبوله · واذا قامت من المجلس أو قام هو بطل الايجاب لان عقود التمليكات لا يتم الالتزام فيها الا بقبول الطرف الآخر ·

٢ ـ وللزوج تعليق ايجابه على امر من الامور كأن يقول لها مثلا : خالعتك على الف ان قبل ابوك ، لان التعليق يجوز على امر آخر · ولكن لا يجوز لها ان تعلق ايجابها على امر ما لان عقود التمليكات لا تكون الا بصيغة منجزة والخلع تمليك مال بالنسبة لها فتسرى عليه احكام التمليكات ·

٣ ـ ولما كان العقد بالنسبة للزوجة معاوضة في معنى التبرع فانه يشترط في الخلع بالنسبة لها ان تكون فضلا عن صلاحيتها لايقاع الطلاق عليها ـ أهلا للتبرع فيلزم لثبوت بدل الخلع عليها ان تكون بالغة عاقلة رشيدة ·

المبحث الثانى

بـدل الخلع

٢٩٣ - يكون للرجل كل ماتقدمه المـرأة مهما كثر لتفتدى به نفسـها ولكن يكره له ان يأخذ اى شيء منها ان كانت النفرة من جانبه هو أو كان هـو السبب في النشوز واذا كان النشوز من جانبها وهى عنه نافرة فانه يكـره ان يأخذ منها أزيد مما اعطى وذلك ديانة لاقضاء ٠

وانما كان له في القضاء ما تقدمه المـرأة لافتداء نفسها اذا كانـت النفرة من جانبه لوجود التراضي ولعدم معرفة الحقيقة ولان القضاء لا ينفـذ الاحكـام الا فيما يظهر ويترك ما بطن ٠ وهذا ايضا يعتبر تعليلا لاخذ الزوج اكثـــر مما اعطى لو كانت النفرة من جانبها ٠

ومتى ثبت البدل فان الطلاق يكون بائنا لان مقصود الزوجة من بـذل المـال لا يتم على وجهه الصحيح اذا كان الطلاق رجعيا ٠

والجمهور على ما ذكر لكن قال الظاهرية ان الخلع لا يكون الا اذا كان النشوز من قبلها ٠

وقال بعض الحنابلة ان النشوز اذا كان من جانبه وقـع الطلاق ولا يثبت البدل وهو رأى في مذهب مالك ٠

٢٩٤ - اما من حيث ما يصلح بدل خلع وما لا يصلح ، فكل ما يصلح ان يكون مهـرا يصلح لكى يكون بدل خلع ، لكن ليس كل ما يصلح بدل خلع يصلح لكى يكون مهرا ٠

وعلى ذلك فيصح ان يكون بدل الخلع مالا معينا أو مالا مثليا موصوفا عشرة دراهم أو أكثر أو اقل ٠ ويصح ايضا ان يكون بدل الخلع منفعـة تقابل

بالمـال اولا ومثال ذلك سكنى دارها زمنا معلوما ، أو قيامها بارضاع ولدهـا من غير اجرة أو تحضنه من غير اجرة . أو أن تنفق على ولدها الصغير مـدة معينـة .

ويصح ان يكون بدل الخلع مجهولا بشرط ان تكون الجهالة غير فاحشة فاذا كان بدل الخلع مالا مثليا لم يعرف وصفه وجب الوسط واذا كان البدل كمية من القمح بين نوعه ولم تبين رتبته وجب الوسط .

ويصح ان يكون بدل الخلع ان تبرئه من نفقة العدة ولو انهـا غير معلومة لانها تسقط حقها في المطالبة بها وهذا يكفى في ان يصح هذا بدل خلع .

ويلاحظ انه لا يصح بدل الخلع في حالتين :

١ - اذا كان المسمى مالا غير متقوم فاذا سمت النصرانية لزوجها خمرا على انه بدل خلع فان خالعها على ذلك وقع الطلاق ولم يثبت البدل لان المسلم ليس له ان يطالب بالخمر اذ هو في حقه غير متقوم .

٢ - واذا شـمل بـدل الخلع اعتـداء على حـق الصغير فـاذا كان بدل الخلع ان يبقى الولد تحت يدها الى ان يبلغ ولو تجاوز سـن الحضـانة فان كان ذكرا لا يصح هذا البدل وان كانت انثي يصح لان بقاءها فى يد امهـا حتى تبلغ ليس فيه ضرر لها .

واذا بطل بدل الخلع فان الطلاق يقع ويكون بائنا على مذهب ابى حنيفة ورجعيا على المعمول به في مصر لان كل طلاق يقع رجعيا الا ما استثنى وليس هذا مما استثنى .

المبحث الثالث

حكم الخلع

٢٩٥ - يثبت بالخلع :

(أ) اذا ثبت البدل وقع الطلاق بائنا . اما اذا كان هناك ما يوجب الغاء البدل فان الطلاق يقع اذا توافرت اسباب وقوعه لكنه يكون رجعيا كما سبق ان قلنا .

(ب) يثبت البدل ان لم يكن هناك ما يوجب الغاءه ويستوى فى ثبوته ان يكون قليلا أو كثيرا ، ولكن يكره للزوج ان يأخذ من زوجته شيئا اذا كان النشوز من جانبه كما يكره له ان يأخذ أكثر مما اعطى اذا كان النشوز من جانبها .

وما تقدم يعم الخلع بلفظ الخلع أو المبارآة والطلاق على مال .

٣ - ويختص الخلع بلفظ المخالفة أو المبارأة بحكم ثالث عند ابى حنيفة هو سقوط كل حق مالى ثبت بالنكاح وعلى ذلك يسقط متجمد النفقة ومؤخر الصداق كما يسقط ما يكون قدمه من نفقة وطلقها قبل مضي مدتها .

وعند محمد لا يسقط الخلع الا ما نص عليه سواء اكان بلفظ المخالعة ام بلفظ المبارآة . اما ابو يوسف فقد وافق محمدا في الخلع بلفظ المخالعة ووافق ابا حنيفة في الخلع بلفظ المبارأة (١) .

---

(١) حجة ابى حنيفة ان اللفظين يدلان على الانفصال التام والانخلاع من كل حقوق مالية كانت ثابتة بذلك الزواج من قبل والابراء من كل ما كان لكل واحد من الطرفين عند الآخر ولا فرق هنا بين المخالعة والمبارأة .

وحجة محمد انه لا يسقط حق ثابت الا بما يدل على سقوطه قطعا والخلع كيفما كان لفظه ليس صريحا في اسقاط حق ثابت .

وحجة ابى يوسف ان لفظ المبارأة صريح في تبادل الابراء من الجانبين واما لفظ المخالعة فليس صريحا في الاسقاط ولا يصح ان يفرض على العاقد امر لم يقم دليل على ارادته .

٢٩٦ - وقد حكم بأن الزوجة تبين بادعاء الزوج طلاقها على البـراءة ولو لم يثبتهـا (١) ٠

وبأن الزوجة تبين من زوجها بمجرد ادعائه طلاقها على البـراءة ولو لم تثبت (٢) ٠

وبأن الطلاق يعتبر بائنا متى ادعى الزوج حصوله على البـراءة ولـو لـم يثبتها (٣) ٠

ومما جاء في هذا الحكم أن المـادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسـنة ١٩٢٩ نصت على أن : (كل طلاق يقع رجعيا الا المكمل للثلاث والطلاق قبـل الدخول والطلاق على مال) ولم يقيد الطلاق على مال بـأن يكون المـال ثابتـا قضاء ٠ وان المدعى عليه اعترف بان الطلاق على مال فيؤخذ باعترافه وهذا موافق لمذهب أبى حنيفة ٠ ومع ذلك فقد حكم بأن ادعاء الزوج حصول الطلاق على البراءة ليس من قبيل الاقرار الذى لايتجزأ والواقع به طلاق رجعى (٤) ٠

ومما جاء في هذا الحكم أن الطلاق على البراءة يصدر من جهتين : الزوج والزوجة ، فهو مركب فيصح تجزئته (٥) ٠

---

(١) محكمة بلبيس الشرعية في ١٩٣٣/٥/٣ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢٥٦ ص ٨٠٣ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٢) محكمة الصف الشرعية في ١٩٣٢/٢/١٥ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٩٩ رقم ٢٤٣ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٣) محكمة أبو قرقاص الشرعية في ١٩٣٤/٢/١٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٧٣ رقم ٥٢ ٠ لم يستانف فصـار نهائيا ٠

(٤) محكمة الفشن الشرعية في ١٩٣١/٧/٧ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٨٩٢ رقم ٢٣٨ ٠ لم يستأنف فصار نهائيا ٠

(٥) محكمة أخميم الشرعية في ١٩٣٤/٥/١٣ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٨٢ رقم ٥٢٠ ٠

وحكم بأن الطلاق الواقع باقرار الزوج في دعوى الطـلاق على البراءة ولو لم تثبت طلاق بائن (١) ٠

ومما جاء في هذا الحكم : المدعى اقر في دعواه بحصول طلاق على مـال أى أنه اقر بحصول طلاق بائن مطابق لأحكام القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ وعدم تمكنه من اثبات البراءة ليس معناه القطع بعدم حصولها في الواقع حتى يعتبـر كاذبا في اقراره ولا منافاة بين اعتبار الطلاق بائنا وبين المـادة الخامسـة من القانون المذكور لأن المدعى لم يوقع هذا الطلاق الآن وانما يقر بحصول طـلاق يعتبره القانون بائنا ٠

٢٩٧ _ حكم خلع المحجور عليهن :

اذا كانت المحجور عليها **فاقدة الاهلية** بان كانت مجنونة مثـلا وتولت هى الصيغة فان الطلاق لا يقع ولا يثبت المـال لان عبارتها ملغاة ٠

واذا كانت المحجور عليها **قاصرة الأهلية** أو كانت سـفيهة وتولت هى الصيغة بان اوجب هو الخلع فقال مثلا : انت طالق على الف ٠فقبلتفان الطلاق يقع ولكن لا يلزم المـال لانه علق الطلاق على قبول المـال وقد وجد القبـول بصيغة معتبرة شرعا ولكن الشارع لا يرتب على هذه الصيغة المعتبرة لزوم المـال لان العوض في الخلع تبرع فيعد من الوجهة المـالية ضررا محضا ٠

واذا كان من تولى الخلع هو الولى فان التزم اداء البدل من ماله فان الطلاق يقع والمـال يلزمه هو ٠

وأما اذا خالع الولى من مالها أو بمهـرها فـان المـال لا يلزمها لان التبرع بمالها ليس لاحد وبدل الخلع في معنى التبرع كما قلنا وهو كذلك لا يلزمه لانه لـم يضمنه ولـم يلتزمه ٠ واما من جهـة الطلاق ففى المذهب الحنفى روايتان :

---

(١) محكمة بنى سويف الشرعية في ١٩٣٤/٦/٢٧ المحـاماة الشرعية س / ٦ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٢ رقم ٢٢٥ ٠

١ ـ الاولى انه يقع لانه علق الطلاق على قبوله لاعلى وجوب المـــال وقد وقع المعلق عليه فيقع الطلاق ٠

٢ ـ والثانية انه لا يقع لانه علق الطلاق على قبول المـال ممن هـو اهل لالتزامه فلما لم يلزم المـال لا يقع ٠

والرواية الاولى هى الاصح من الثانية ٠

٢٩٨ ـ وقد حكم بأن مجرد بلوغ الزوجة رشيدة كافـ في صحة براءتها للزوج من النفقة فلا يقبل الدفع بعدم بلوغها سن الرشد (١) ٠

(١) محكمة المنصورة الشرعية في ١٩٣٥/٧/٢٩ المحاماة الشرعية س ٦ ع / ١ ـ ٣ ص ٢٠٥ رقم ٧١ ٠ ومما جاء في الحكم قوله : ان البلوغ له علامات وهى في الذكر الانزال بأى سبب كان ٠ وفي الأنثى الحيض أو الحبل أو الانزال٠ وبأى شيء منها يحكم بالبلوغ ٠ والاحكم بالسن وهو أن يبلغ الشخص خمس عشرة سنة عند الشافعى وأبى يوسف ومحمد وهو رواية عن الامـام وعليهـا الفتوى عند الحنفية ، وشاع عند الامام أن السن للغلام تمام ثمانى عشرة ســنة وللجارية تمـام ســبع عشرة سنة ٠

الفصل الثالث

الطـــلاق بحـكم القـاضي

٢٩٩ ـ نتكلم فيما يلى على التفريق لعدم الانفاق والتفريق للعيب والتفريق للشقاق الزوجى والتفريق للغياب والتفريق لحبس الزوج ٠

المبحث الأول

التفريق لعدم الانفاق

٣٠٠ – لا يجيز المذهب الحنفى التفريق لعدم الانفاق والائمة الثلاثة يجيزون للمرأة طلب التفريق لعدم الانفاق على اختلاف في بعض التفصيلات . والذى اتفقوا فيه هو جواز التفريق لعدم الانفاق وان الاعسار الذى يوجب التفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في ادنى احوالها ، وان العجز عن النفقة الماضية ليس موجبا للتفريق لكن الذى يوجبه هو العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلة ، اذ النفقة الماضية تعتبر دينا ككل دين فاذا عجز عن الوفاء بـه ينظر لميسرة . والتفريق للاعسار سببه دفع الضرر عن الزوجة فى بدنها وهذا انما يتحقق بالنسبة لدفع الضرر الحاضر والمستقبل فقط .

٣٠١ – وفي جمهورية مصر العربية عدل عن مذهب ابى حنيفة واخـذ القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ بالطلاق لعدم الانفاق .

وقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ على أنه :«اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر او موسر ولكن اصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضي في الحال . وان ادعى العجز فان لم يثبته طلق عليه حالا . وان اثبته امهله مدة لا تزيد على شهر فان لم ينفق طلق عليه بعـد ذلك » .

وتنص المادة الخامسة على أنه «اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليـه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له اجلا فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الاجل .

فان كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت انه لا مـال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

وتجرى احكام هذه المـادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

وتنص المـادة ٦ على ان : « تطليق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج ان يراجع زوجته اذا ثبت يساره واستعد للانفاق في اثناء العدة فان لم يثبت ايساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة » .

٣٠٢ - وفي لبنان تنص المـادة ١٢٦ من قانون حقوق العائله على انه : « اذا اختفى زوج امرأة او ذهب لمحـل مدة سفر او اقرب وتغيب او فقد وتعذر تحصيل النفقة وطلبت زوجته التفريق فالحاكم بعد اجراء التحقيقات اللازمـة يحكم بالتفريق بينهما » .

وظاهر من هذا النص ان التفريق لعدم الانفاق معمول به في لبنـان كما هو الشأن في جمهورية مصر العربية .

واذا كان مجهول المحل ولم يعلم ان كان حيا أو ميتا فان القاضي يؤجل الزوجة اربع سنوات يتحرى خلالها عنه فان لم يجد هذا التحرى يأمـر القاضي ولى الزوج بان يطلق الزوجة فان لم يكن له ولى أو امتنع من ذلك طلقهـــا القاضي .

واذا ظهر الزوج بعد ذلك وكانت الزوجة قد تزوجت بغيره فلا ينفسخ عقد زواجها من الشخص الآخر .

٣٠٣ - والشيعة على التفريق لعدم الانفاق ايضا فعندهم يفرقون بين ان يكون الزوج معلوم المحل وان يكون غير معلوم المحل .

فان كانت الأولى فان غاب الزوج ولم يترك مالا تنفـق منه الزوجـة ولم يوجد متبرع بالانفاق عليها فان القاضي ينذره في محله المعروف بنـاء على طلب الزوجة بان يختار امرا من اربعـة :

١ - أن يرسل لها نفقتها ٢ - أو يحضر اليها ٣ - أو يطلبها اليه ٤ - أو يطلقها باختياره ، فان تمرد على كل ذلك فان القاضي يطلقها عليه .

٣٠٤ - وقد حكم بأن تعذر الاعذار الى المدعى عليه بالانفاق في الغيبة القريبة يقتضي الحكم بالتفريق بدون اعذار الحاقا للغيبة القريبة بالبعيدة . وقد استند الحكم على ان المادة ٥ / ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في جمهورية مصر العربية قد سوغت في الغيبة البعيدة التفريق بدون اعذار وعلة ذلك تعذر الاعذار فان تعذر الاعذار في الغيبة القريبة وجب الحاق الغيبة القريبة بالبعيدة في الحكم لاتحاد العلة فيهما (١) .

وبأنه اذا اعذر الى المدعى عليه بالانفاق على زوجته فامتنع عن الحضور صح الحكم بتطليقها منه ولايمنع من صحته استعداد المحكوم عليه في الاستئناف لدفع المبلغ المطلوب للنفقة (٢) .

وحكم بان دعوى الزوجة التطليق للاعسار لا تندفع بسبق الحكم بمنعها (للنشوز) من المطالبة بالمقرر لها عن مدة ماضية متى ثبت أن المانع من الطاعة بعده آت من قبل الزوج (٣) .

وبأن طلب الزوجة التطليق على زوجها لامتناعه عن الانفاق باعترافه بهذا الامتناع بزعمه نشوزها وبأنه موسر بكسبه من عمله متى سبق رفض دعواه الطاعة لعدم أمانته عليها (٤) .

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية في ١٩٣٤/٥/١٦ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٨٢ رقم ٥٥ . ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا .

(٢) امبابة الشرعية في ١٩٣٢/٣/٢٩ المحاماة الشرعية س/٦ع/١٠،٩ ص ٩٠٣ رقم ٢٤٥ . وقد طبق الحكم المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وتأيد في الاستئناف من محكمة مصر الابتدائية الشرعية .

(٣) محكمة الفيوم الشرعية في ١٩٣٤/٦/٥ المحاماة الشرعية س/ ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٠ رقم ٢٢٣ . وقد طبق الحكم المادة / ٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ولم يستأنف فصار نهائيا .

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٤/١٢/١٩ المحاماة الشرعية س/٦ ع / ٢ ، ٤ ، ٥ ص ٤٠٠ رقم ١١٤ .

وحكم بأنه اذا أعذر الزوج بالانفاق ولم يدفع فطلق القاضي عليه للاعسار لايلغيه استعداده للانفاق وتقدمه بعد ذلك بالمال أمام الهيئة الإستئنافية ، وان كان الاستئناف مما يجدد الدعوى الا انه لا يسمل مافات بوقته ولا يمكن تداركه كالطلاق (١) ٠

وحكم بأنه ترفض الدعوى بالتطليق للاعسار متى كانت المدعية ناشزا (٢) ٠

وبأنه ترفض دعوى الزوجة الطلاق للامتناع عن الانفاق متى كانت ناشزا وقاصدة بدعواها الكيد (٣) ٠

وبأنه لا يحكم بطلاق للاعسار مع تقدم الزوج بالنفقة واظهار قدرته عليها (٤) ٠

وبأنه قد شرع الطلاق لا متناع الزوج عن الانفاق على زوجته ولرفع الضرر عنها وفك وثاقها من زوج يحبسها ولا يطعمها وان المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد شرطت لصحة الرجعة أن يثبت الزوج ايساره واستعداده للانفاق في أثناء العدة فيجب أن يكون كذلك لدفع حكم الطلاق ٠ وان الضرر لا يرتفع بعد ثبوت الاعسار والحكم بالطلاق ٠ والقاضي هو الذى يقدر كفاية اليسار وعدمها وحقيقة الاستعداد للانفاق (٥) ٠

---

(١) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى ٣٦/١١/٨ المحاماة الشرعية س /٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢١٤ رقم ٥٤

(٢) محكمة كوم حمادة الشرعية في ١٩٣٢/١/٢١ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٢١ ص ٦٧

(٣) محكمة الاقصر الشرعية في ١٩٣٢/١٢/٨ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ١٥١ ص ٤٦٨ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٤) محمكة مصر الابتدائية الشرعية في ٣٦/٥/٣٠ المحاماة الشرعية س ٨ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٥ رقم ٦٥ ٠ وفي هذه القضية قدم الزوج النفقة الحاضرة ٠

(٥) محكمة الاسكندرية الشرعية في ١٩٣٩/٤/٢٥ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ٩ ص ٨٢٤ رقم ١٧٧ ٠

وحكم بأن عدم تغير حالة الزوج بعد الطلاق للاعسار الى يسار مانع من صحة الرجعة بعده . فلا تسمع مراجعة مطلقته (١) .

وبأنه تبطل الرجعة بعد الطلاق للاعسار مادام الزوج مصرا على الامتناع عن النفقة (٢) .

وبأنه لا تصح الرجعة من طلاق للاعسار الا اذا أيسر الزوج واستعد للانفاق (٣) .

وبأنه تقع الرجعة صحيحة شرعا (بعد الطلاق للاعسار) اذا كانت في العدة وعرض عليها الزوج نفقتها الحاضرة (٤) .

---

(١) محكمة الفيوم الشرعية في ١١/٦/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س/٦ع/٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩١ رقم ٢٢٤ . وفي الحكم انكرت الزوجة استعداده للانفاق عليها . وقد طبقت المحكمة المادة ٦ قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(٢) ههيا الشرعية في ٢٨/١/١٩٣١ المحاماة الشرعية س/٣ع/١ رقم ١٧ ص ٨٠ . وقد تأيد .

(٣) اسيوط الابتدائية الشرعية في ٣٠/١٠/١٩٣٢ المحاماة الشرعية س/٤ رقم ٩٨ ص ٣١٦ .

(٤) محكمة طنطا الشرعية في ٧/٣/١٩٣٣ المحاماة الشرعية س/٥ع/٩ ، ١٠ ص ٩٢٣ رقم ٢٥٥ . وقد تأيد في الاستئناف .

المبحث الثانى

التفريق للعيب

٣٠٥ - اجاز أبو حنيفة وأبو يوسف التفريق للعيب المستحكم الذى يمنع التناسل بين الرجل والمرأة وذلك بان يكون الزوج عنينا أو خصيا او مجبوبا وقد اقتصرا على هذه العيوب فقط ٠

وقد وافق سائر الفقهاء ابا حنيفة وابا يوسف فيما ذكرا غير ان محمدا زاد جواز التفريق للجذام الذى يكون بالزوج والبرص والجنون ٠ وزاد غيره امراضا غير هذه ٠

والسبب في اقتصار ابى حنيفه وابى يوسف على العيوب التناسلية المذكورة ان عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ولكن العيب التناسلى بالرجل يخل بالمقصود من الزواج ومن ثم فانه يكون غير صالح لان يبقى ٠ فان لم يطلق طواعية طلق عليه القاضي ٠ اما غير هذه العيوب فان مقصود الزواج يتحقق في الجملة مع وجوده فلا يصح التفريق بمعرفة القاضي لعيب من العيوب غير العنة والجب والخصاء ٠

ويشترط للتفريق بعيب من هذه العيوب شروط هى :

١ - عدم علم الزوجة بالعيب حين العقد فان علمت به ورضيت فليس لها طلب التفريق لهذا السبب ٠

٢ - ان تطلب التفريق من القاضي ويثبت لديه العيب ٠

٣ - ان يحكم القاضي بالتفريق فقبل حكم القاضي لا يقع تفريق لعيب من العيوب المذكورة ٠

وكيفية اثبات الجب يكون بطريق الاثبات المعروفة في مثل هذا العيب اما في العنة والخصاء فان القاضى لا يحكم بالتفريق بسبب واحد منهما بمجرد الطلب وثبوت ان الزوج لم يقرب زوجته بل يلزم تأجيلهما سنة ويثبت انه

لم يقربها في هذه السنة وذلك حتى يحصل التأكد من عدم التمكن من قربها على مدار السنة وفيها الفصول الاربعة التى تختلف بالنسبة لها طبائع الناس وفضلا عن ذلك فالسنة اقصي ما يمكن ان تصبر عليه وحتى لا يكون عند الزوج عذر . والراجح كون السنة قمرية لا شمسية . ولا تدخل في السنة المذكورة المـدة التى تغيب الزوجة عنه فيها .

فاذا انتهت السنة واقر بانه لم يقربها واصرت هى على طلب التفريق فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة .

اما اذا اختلفا في كونه قاربها ام لا فان كانت ثيبا فالقول له بيمينـه وان كانت لا تزال بكرا فالقول قولها بيمينها . والبكارة والثيوبة تعرف بشهادة امرأتين .

٣٠٦ - وقد قلنا ان محمدا زاد الجنون والجذام والبرص والعلة ان معيشة الزوجة مع المصاب بمرض من هذه الامراض لا تكون الا بضرر ولانهـا تنتقل الى الذرية .

٣٠٧ - وفي جمهورية مصر العربية : لا يزال العمل بمذهب ابى حنيفة في العيوب التناسلية انفة الذكر .

وقد جاء القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ باحكام تسرى على عيـوب أخرى . فقالت المـادة التاسعة من القانون المذكور : « للزوجة ان تطلب التفريق بينهـا وبين زوجها اذا وجـدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكـن بعـد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص سـواء اكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ام حدث بعد العقد ولم ترض به ، فان تزوجته عالمـة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

وقالت المادة ١١ من القانون المذكور : « يستعان باهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من اجلها » .

وقالت المادة العاشرة منه « الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

والظاهر من نص المادة التاسعة من هذا القانون انه مثل للامراض التي ذكرها بالجنون والجذام والبرص فالتعداد فيها ليس على سبيل الحصر بل هو على سبيل التمثيل .

ويشترط في العيب الذي يكون سببا للتفريق طبقا لهذه المادة :

١ ـ ان يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه او يمكن ذلك لكن بعد زمن طويل .

٢ ـ الا يمكن مقام الزوجة مع الزوج المصاب به الا بضرر والظاهر انه لا يكفي أي ضرر بل يجب كون الضرر شديدا سواء اكان خاصا بالزوجة ام خاصا بالنسل .

وهذا الشرط والذي قبله يستعان في تحقيقهما باهل الخبرة (المادة ١١ من القانون المذكور) .

٣ ـ الا يثبت رضاء الزوجة بالعيب فاذا كان قائما وقت العقد وعلمت به فليس لها طلب التفريق بسببه بعد ذلك ، وان طرأ على الزوج بعد العقد ثم علمت به ورضيت أو علمت بالعيب الذي كان عند العقد ولم تعلم به وقته ورضيت فلا يكون لها طلب التفريق بسببه .

هذا ويجب ان تطلب الزوجة التفريق وان يحكم به القاضي وقبل الحكم تبقى احكام الزوجية ثابتة .

والفرقة بالعيب طلاق بائن (مادة ١٠ من القانون المذكور) .

٣٠٨ وقد حكم بأن الدعوى تقبل من الزوجة باصابة زوجها بمرض الزهري أو أي مرض يخشى من بقائها معه الضرر حتى اذا ثبت ذلك فرق القاضي

بينهما . ولا عبرة بحصر الفقهاء للعيوب المسببة لفسخ النكاح متى قرر أهل الخبرة عدوى المرض .

واذا وثق المتداعيان بالخبير وأجرى عمليته ولو بدون اعلامهما فليس لأحدهما أن يطعن فيه بمطعن . وهذه الدعوى تطبيق للمادتين ٩ ، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وحكم بأنه لايجاب طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها لجنونه متى ثبت علمها ورضاؤها بمعاشرته وهو على هذه الحالة (٢) .

وبأنه يجاب طلب الزوجة التطليق على زوجها لعتهه وعدم ادراكه بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما (٣) .

ومع ذلك حكم بأن العته لا يدخل في عداد العيوب التى يفرق بسببها بين الزوجين بمقتضي المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبأن قبول الزوجة لأن تكون قيمة على زوجها المعيب بعيب من العيوب التى تجيز لها طلب التفريق يعتبر رضا بعيبه ولا يحق لها طلب التفريق بعده طبقا للمادة ٩ المذكورة .

ومما جاء في الحكم قوله ان المعتوه شرعا هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر به الزوجة . وفي القضية كانت الزوجة قيمة على زوجها المعتوه واعتبر الحكم هذا رضا دلالة بهذا العيب .

---

(١) محكمة بورسعيد الشرعية في ١٩٣٢/٤/١١ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٩ ، ١٠ ص ٩٠٤ رقم ٢٤٦ . ولم يستأنف فصار نهائيا .

(٢) محكمة مغاغة الشرعية المحاماة الشرعية في ١٩٣٣/٢/٢٥ س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٥٣ رقم ٤ . ولم يستأنف فصار نهائيا . وقد طبق المادة / ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

(٣) محكمة بورسعيد الشرعية ١٩٣٢/١١/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٦ ص ٤١٠ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ رقم ٢٠ وقد طبق الحكم المادة ٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وهى الخاصة بالعيب المستحكم واستعانت المحكمة بطبيبين عملا بالمادة ١١ منه .

٣٠٩ - وفي لبنان

تنص المادة ١١٩ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا اطلعت المرأة السالمة من عيوب المقاربة ان زوجها مصاب بعلة من تلك العلل فلها ان تراجع الحاكم وتطلب الفراق . اما المرأة المبتلاة باحد العيوب المذكورة فلا يجاب طلبها . وليس للزوجة التى قاربها الزوج حق الخيار بسبب عيب من هذا القبيل » .

وقالت المادة ١٢٠ منه : « اذا اطلعت الزوجة قبل النكاح على عيب الزوج ما عدا العنة أو رضيت بعد النكاح باى عيب كان يسقط حق خيارها انما لا يسقط الاطلاع على العنة قبل النكاح حق الخيار » .

وقالت المادة ١٢١ منه : « اذا راجعت الزوجة الحاكم حسب المواد السابقة ينظر فان كانت العلة غير قابلة للزوال فالحاكم يفرق بينهما بالحال . وان كانت قابلة للزوال فالحاكم يمهل الزوجة مدة سنة اعتبارا من زمن الحادثة أو من وقت افاقته ان كان مريضا واذا مرض الزوج أو الزوجة مدة قليلة أو كثيرة بدرجة لا يمكن فيها المقاربة أو تغيبت الزوجة فلا تحسب المدة المارة على هذه الصورة . واما غياب الزوج وايام حيض الزوجة فتحسب واذا لم تزل العلة لظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة على طلبها يفرق الحاكم بينهما واذا ادعى الزوج المقاربة سواء كانت في بداية الحادثة أو نهايتها فان كانت الزوجة ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين وان كانت بكرا فالقول قولها بلا يمين » .

وقالت المادة ١٢٢ منه : « اذا اطلعت الزوجة بعد النكاح ان الزوج معتل بعلة لا يمكن الاقامة بها معه سوية بلا ضرر كالجذام والبرص وعلة الزهرى أو حدثت به اخيرا هكذا علة فلها ان تراجع الحاكم وتطلب التفريق والحاكم يرى ان كان يوجد امل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة واذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق واصرت الزوجة ايضا على طلبها يحكم

الحاكم بالتفريق ووجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا توجب التفريق » ٠

وقالت المادة ١٢٣ منه : « اذا جن الزوج بعد عقد النكاح وراجعت الزوجة وطلبت التفريق فالحاكم يؤجل التفريق سنة واذا لم يزل الجنون بظرف هذه المدة واصرت الزوجة يحكم بالتفريق » ٠

وقالت المادة ١٢٤ منه : « خيار الزوجة في الظروف التى لها الخيار ليس من الضرورى ان يكون على الفور فلها ان تؤخر الدعوى مدة ولها ان تتركها مدة بعد اقامتها » ٠

وقالت المادة ١٢٥ منه : « اذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق بموجب المواد السابقة فليس للزوجة حق الخيار في الزواج الثانى » ٠

٣١٠ - وظاهر من نصوص المواد ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ انها خاصة بكون الزوج معتلا بعيب من عيوب المقاربة وهذه العيوب المقصود بها عيوب التناسل وهى : الجب والعنة والخصاء ٠

وقد اشترطت المادة ١١٩ لكى تطلب الزوجة التفريق لعيب من هذه العيوب الا تكون هى مصابة بعيب من عيوب التناسل فان كانت مصابة بعيب تناسلى فلا يحق لها طلب التفريق بسبب اصابة زوجها بعيب من هذا القبيل ٠

ويشترط ايضا في هذه المواد ان تطلب الزوجة التفريق من القاضي وان يحكم القاضى بالتفريق ٠ كما يشترط الا تكون رضيت بالعيب فان كانت رضيت به فلا يكون لها طلب التفريق بسببه ٠

اما العنة فاطلاعها عليها قبل النكاح غير مسقط لحقها في الخيار ٠

والخيار ليس من الضرورى ان يحصل على الفور بل ان الزوجة لها أن تؤخر الدعوى مدة ، ولها كذلك أن تتركها مدة بعد رفعها (المادة ١٢٤ حقوق العائلة) ٠

والعلة التناسلية ان كانت غير قابلة للزوال فان الحاكم يفرق بسببها في الحال بناء على طلب الزوجة وان كانت قابلة للزوال فان القاضي ينتظر سنة على التفصيل الوارد في المادة ١٢١ المذكورة ٠

٣١١ - اما العيوب الاخرى فقد مثلت المادة ١٢٢ لها بالجذام والبرص والزهرى . وذكرت المادة ١٢٣ جنون الزوج .

وظاهر من نص المادة ١٢٢ المذكورة ان التعداد فيها على سبيل التمثيل لا الحصر وانما هي اشترطت في العلة الموجبة للتفريق الا يكون من الممكن الاقامة بها مع الزوج بلا ضرر . فاذا طلبت الزوجة الطلاق بسبب العلة التى لا يمكن الاقامة مع الزوج بها الا بضرر فان كان هناك امل في زوالها يؤجل القاضي الدعوى سنة واحدة واذا لم تزل في خلال هذه السنة وبقيت الزوجة على الطلب يفرق بينهما القاضي . ومعنى ذلك ان هذه المادة اشترطت للتفريق بمثل هذه العيوب الا يمكن الاقامة مع الزوج المصاب بواحد منها الا بضرر وألا يكون من الممكن البرء منها أو يمكن ذلك بعد مدة طويلة وقدرت المدة الطويلة بما يزيد عن السنة وهذا الاتجاه قريب من اتجاه الشارع في جمهورية مصر العربية في هذا السبيل .

والذى قيل في عيوب المادة ١٢٢ يقال في عيب جنون الزوج الذى يحصل بعد عقد النكاح (المادة ١٢٣) .

وهذا ويلاحظ ان العيوب متى توافرت الشروط المنصوص عنها موجبة للتفريق لكن نص في المادة ١٢٢ على ان وجود احد العيوب في الزوج كالعمى والعرج لا يوجب التفريق .

ويجدر هنا بالقاضي ان يستعين باهل الخبرة في العيوب التى لا يكون المقام معها الا بضرر وحسنا فعل الشارع في جمهورية مصر العربية بالنص على ذلك صراحة في المادة ١١ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ .

ويلاحظ هنا ايضا كما في العيوب التناسلية ان خيار الزوجة في الظروف التى لها فيها الخيار ليس من الضرورى ان يكون فوريا بل لها ان تؤخر

الدعوى مدة ولها تركها بعد رفعها مدة كما بينت ذلك المـادة ١٢٤ من قـانون حقوق العائلة ٠

٣١٢ ـ والشيعة الامامية يحصرون العيوب التى تكون في الرجـل وتستوجب التفريق في عيوب التناسل والجنون ٠ اما عند المـرأة فان فسخ الزواج عندهم جائز اذا وجد الزوج في زوجته عيبا من العيوب التالية : الجنون، الجذام ، البرص ، العمى ، العرج الواضح ، الافضاء ، القرن ٠ (المادة ٣٩ من الفصول الشرعية) ٠

المبحث الثالث

التفريق بسبب الشقاق الزوجى

٣١٣ ـ كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م . في مصر يبين أحكام التفريق بسبب الشقاق الزوجى وذلك في المواد من ٦ الى ١١ منه .

وكانت المادة ٦ تنص على انه : « اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما . فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين على الوجه المبين في المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ » .

وتنص المادة ٧ على أنه : « يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان امكن والا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما » .

والمادة ٨ قالت : « على الحكمين أن يتعرفا اسباب الشقاق ويبذلا جهدهما في الاصلاح فان أمكن على طريقة معينة قرراها » .

وقالت المادة ٩ : « اذا عجز الحكمان عن الاصلاح وكانت الاساءة من جانب الزوج أو منهما أو جهلت الحال قرر القاضي التفريق بطلقة بائنة » .

وقالت المادة ١٠ : « اذا اختلف الحكمان أمرهما بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » .

وقالت المادة ١١ : « على الحكمين أن يرفعا الى القاضي مايقررانه وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه » .

٣١٤ ـ وقد جاءت المادة الثالثة من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م . تقول : « يستبدل بنصوص المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ، ١٦، ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصوص الآتية :

مادة (٧) : « يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين ان أمكن . والافمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الاصـــلاح بينهما » ٠

مادة (٨) : أ ـ «يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على أن لا تجاوز مدة ستة شهور . وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك ٠ وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وبأمانة » ٠

ب ـ يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة شهور . فان لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين » ٠

مادة (٩) : « لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم اخطاره » ٠

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الاصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة » ٠

مادة (١٠) : « اذا عجز الحكمان عن الاصلاح :

١ ـ فان كانت الاساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق ٠

٢ ـ واذا كانت الاســاءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة ٠

٣ ـ واذا كانت الاســاءة مشتركة اقترحا التفريق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الاساءة ٠

٤ ـ وان جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تفريقا دون بدل » ٠

مادة (١١) « على الحكمين ان يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها ٠ فان لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحــال وقدرة على الاصلاح ، وحلفته اليمين المبينة في المــادة (٨) ٠

واذا اختلفوا أو لم يقدموا التقرير في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الاثبات وان عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها او بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض ٠

٣١٥ ـ ومقتضي مواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من ٦ الى ١١ ، وهى التى كانت قائمة ، ان الزوجة لو ادعت اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فان لها أن تطلب من القاضي التفريق ، فاذا أثبتت دعواها ولم يمكن التوفيق بينهما فان القاضي يجيبها لطلبها ٠ والتفريق هنا طلقة بائنة ٠ واذا عجزت عن اثبات الدعوى فانها ترفض ٠

فاذا تكررت شكواها الى القاضي في دعوى أخرى وثبتت الدعوى اجيبت لطلبها اذا لم يمكن الاصلاح ٠ أما اذا لم تتمكن من اثبات الضرر في هذه المرة فان القاضي يبعث حكمين رجلين عدلين من أهل الزوجين ان كان ذلك ممكنا ، والا فمن غيرهم ممن يكون له خبرة بحالهما وقدرة على الاصلاح بينهما ٠

وهذان الحكمان يتعرفان أسباب الشقاق ويبذلان جهدهما في الاصلاح فان تم الاصلاح انتهى الأمر على الوفاق ٠

أما اذا عجزا عن الاصلاح فان عليهما ان يتعرفا مصدر الاساءة ٠ فان كانت من جانب الزوج أو منهما معا أو كانت الحالة في مصدر الاساءة مجهولة فهنا يقرر القاضي التفريق بطلقة بائنة ٠

أما اذا كانت الاساءة من جانب الزوجة فانه لا تفريق وترفض دعواها ٠

واذا اختلف الحكمان فان القاضي يأمرهما بأن يعاودا البحث لعلهما يتفقان فان لم يحصل الاتفاق حكم القاضي غيرهما ٠

ويلاحظ أن الحكمين يقرران مايريانه والذى يحكم بالطلاق او برفض الدعوى حسب ما يقررانه هو القاضي ٠ والطلاق يقع كما قدمنا بائنا لأنه لايمكن أن يزال الضرر على الوجه المطلوب إلا بالطلاق البائن ٠

٣١٦ - وقالت المذكرة الايضاحية عن المواد من ٧ حتى ١١ المستحدثة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ انه اتضح من تطبيق أحكام القانون القائم (يعنى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) في التحكيم قصورها عن الوفاء بعناصر الفصل في الأنزعة الخاصة بالطلاق للضرر ، بل ان تلك الأحكام كانت لا تنتهى بالنزاع الى نتيجة حاسمة وقد تفادى القانون (يعنى قانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩) في المادتين ٨ ، ٩ كثيرا من مساوىء القانون القائم (يعنى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) فنظم عمل الحكمين بما يكفل حسن سير العدالة ويقطع طرائق الارجاء ويمنع عرقلة عمل الحكمين ، ثم بين في المادة العاشرة ما يتبعه الحكمان عند العجز عن الاصلاح من حيث التفريق والنتائج المالية وتفاديا لاطالة أمد التقاضي عند اختلاف الحكمين اقترح القانون تعيين حكم ثالث تبعثه المحكمة مع الحكمين وتقضي بما يتفقون عليه أو برأى الاكثرية . وعند اختلافهما في الرأى أو عدم تقديم التقرير في الميعاد تسير المحكمة في الاثبات وتقضي وفق التفصيل الموضح في المادة (١١) .

ثم قالت المذكرة ان بعث الحكم الثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة فان القرآن الكريم لم ينه عنه وقد صار في هذا الزمان امرا ضروريا كوسيلة لأظهار الحق ورفع الضرر . على أن من الفقهاء من أجاز بعث حكم واحد .

وقالت المذكرة بعد ذلك انه اذا عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع اسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها التعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتض .

ثم قالت هذه الأحكام جميعها مأخوذة من مذهب الامام مالك أما نصا واما مخرجة على نصوصه .

٣١٧ - ونحن لا نرى في المواد من ٧ حتى ١١ التى استحدثها القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ . بأسا ثم هى قد جاءت بمضمون المواد من ٧ حتى ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبنيت على أسسها ، أما ما استحدثه القانون

من تفصيل في بعث الحكمين من اجراءات وما اليها ومن بعث حكم ثالث فان له أصلا في مذهب الامام مالك .

٣١٨ - وفي لبنان : نصت المادة ١٣٠ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين وراجع احدهما الحاكم فالحاكم يعين من عائلة الطرفين أو احدهما حكما واذا لم يوجد شخص لتعيينه حكما من عائلة الطرفين أو احدهما أو وجد لكن غير حائز أوصاف الحكم يعين من يناسبهم من الخارج ومجلس العائلة المتشكل على هذه الصورة يدقق افادات ومدافعات الطرفين ويجتهد في اصلاح ذات البين . واذا لم يمكن الاصلاح : فان كان القصور من جهة الزوج يفرق الحاكم بينهما ، وان كان من جهة الزوجة يجرى المصالحة على تمام المهر أو على قسم منه . واذا لم يمكن اتفاق الحكمين فالحاكم يعين هيئة حكمية اخرى حائزة الاوصاف المطلوبة أو يعين حكما ثالثا ليس له قرابة بالطرفين . وحكم المحكمين قطعي وغير قابل للاعتراض » .

ونصت المادة ١٣١ على ان الحكم الصادر بالتفريق بموجب هذه المادة يتضمن الطلاق البائن .

ومعنى هذه النصوص ان الزوجة اذا ادعت ان الزوج يضارها ويسيء معاملتها بالضرب ونحوه ونتج عن ذلك شقاق بينهما طلبت بسببه الزوجة التفريق فان القاضي بعد ان يتأكد من حصول الشقاق يعين حكمين احدهما من اهل الزوج والآخر من اهل الزوجة فان لم يكن ذلك ممكنا عين من يناسبهما من الخارج والحكمان يعقدان مجلسا عائليا يستمعان فيه الى دفاع كل من الطرفين ويجتهدان ما امكنهما في اصلاح ذات البين فان لم يمكنهما ذلك فعليهما ان يتحققا من من الزوجين هو المذنب ويحكمان بالتفريق . فان كان الذنب على الزوج الزم المهر باكمله وان كان على الزوجة او كان مشتركا بينهما اسقط المهر كله او بعضه .

واذا اختلف الحكمان عين القاضي حكمين آخرين أو عين حكما ثالثا ليس له قرابة للطرفين ·

وحكم القاضي بالتفريق للشقاق حكم قطعي لا يقبل الاعتراض وهو طلاق بائن ·

وهذا النوع من التفريق ليس عند الشيعة الامامية ·

حكم التزوج بأخرى :

٣١٩ ـ نصت المادة الأولى من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ م · الصادر في مصر على أنه تضاف الى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مواد جديدة منها المادة (٥ مكررا) ، (٦ مكررا) ، (٢٣ مكررا) :

وقد جرى نص المادة (٥ مكررا) على انه يجب على المطلق أن يبادر الى توثيق أشهاد طلاقه لدى الموثق المختص ·

وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به ·

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه ، فاذا لم تحضره كان على المطلق اعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر مع شخصها أو في محل اقامتها الذى يرشد عنه المطلق · وعلى الموثق تسليم نسخة شهادة الطلاق الى المطلقة أو من ينوب عنها . وذلك كله وفق الأوضاع والاجراءات التى يصدر بها قرار من وزير العدل ·

ونصت المادة (٦ مكررا) على أنه : « على الزوج أن يقدم للموثق اقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية · فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الاقرار اسم الزوجة او الزوجات اللاتى في عصمته وقت العقد الجديد ومحال اقامتهن ، وعلى الموثق اخطارهن بالزواج الجديد بكتاب موصي عليه ·

ويعتبر اضرارا اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها . ولو لم تكن اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها . وكذلك اخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ، ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا » .

ونصت (المادة ٢٣) على أنه : « يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تجاوز ستة شهور ، وبغرامة لا تجاوز مائتى جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين اذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكررا من هذا القانون او أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال اقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته .

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لاتجاوز خمسين جنيها اذا اخل بأى من الالتزامات التى فرضها عليه القانون . ويجوز أيضا الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة » .

٣٢٠ ـ وقالت المذكرة الايضاحية عن (المادة الخامسة مكررا) :

انه ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجأوا الى ايقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم واخفوا عنهن خبره وفي هذا اضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر ، بل ان بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق ثم يحتفظ بورقتى الطلاق لديه متظاهرا للزوجة باستدامتها ، حتى اذا ما وقع خلاف بينهما ابرز سند الطلاق شاهرا اياه في وجهها محاولا به اسقاط حقوقها . وليس هذا بدعا جديدا ، فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفى أن واجهوا حال اخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة الى وقت الاقرار من الزوج بحدوث الطلاق، فقالوا : لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له ، بمعنى ان الزوج اذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة الا من وقت هذا الاقرار ،

ولا يعتد باسناد الطلاق الى تاريخ سابق (الدر المختار للحصكفى وحاشية رد المحتار لابن عابدين جـ / ٢ في باب العدة) ٠

وبناء على هذا ، ولما كانت الدولة قد نظمت أمر توثيق الطلاق فاختصت المأذون بتوثيق اشهادات الطلاق بين الازواج المصريين المسلمين ومكتب التوثيق بالشهر العقارى بالأزواج اذا اختلفت جنسياتهم أو دياناتهم ٠ رأى المشروع أن ينظم طريق علم الزوجة بطلاقها حتى لا تتتابع المشاكل بين الزوجين اذا أخفى الطلاق ، فأوجبت (المادة ٥ مكررا) على المطلق متى أوقع الطلاق او رغب في ايقاعه أن يبادر الى توثيقه باثباته باشهاد لدى الموثق المختص ٠ ورتبت هذه المادة في فقرتها الثانية آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به ، أخذا مما قرره فقهاء الحنفيه في حالة ما اذا اكتم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها ٠ ثم فصل نص هذه المادة طرق علم الزوجة وفوض وزير العدل في وضع الاجراءات المنفذة لما جاء بها من أحكام — هذا وليس في ايجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طريق العلم أى قيد على حق الطلاق الذى أسنده الله للزوج ، كما لاتشكل تلك الاجراءات أى قيد على جواز اثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق ، غير أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة اخفائه لا تبدأ الا من تاريخ علمها به ٠

٣٢١ — وقالت المذكرة الايضاحية عن الطلاق للضرر :

ان المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ سبق أن قررت مبدأ الطلاق للضرر ٠ وقد سبق ايراد نصها ٠ واستطردت المذكرة تقول ان هذا الحكم مأخوذ من مذهب الامام مالك ، ومثله في مذهب الامام أحمد ابن حنبل ، وخالف في هذا الامامان أبو حنيفة والشافعى ٠

والاصل في جواز التطليق للضرر قوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » من الآية رقم ٣٥ من سورة النساء ٠

فقد فهم بعض الصحابة أن حق الحكمين مطلق في الاصلاح أو التفريق . وأن على القاضي أن يقضي بما يريانه ، ومن هؤلاء على بن أبى طالب وعبد الله ابن عباس ، ولم يعرف لهما مخالف ، وهو يتفق مع المأثور من احاديث الرسول ﷺ اذ قال : (لا ضرر ولا ضرار) ، كما يتفق كذلك مع وصايا القرآن الكريم في مثل قوله تعالى : (فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) من الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة ، واذا فات الامساك بالمعروف تعين التسريح باحسان ·

ثم قالت المذكرة : ولما كانت مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة مشكلة اجتماعية فان المشروع رأى اعتبار الجمع من قبيل ايذاء الزوجة السابقة فأعطاها الحق في طلب التفريق مالم ترض به كما اعطاها هذا الحق اذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج ·

ثم قالت : وما اختاره المشروع يمتاز بأنه في نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها ، وهو في الوقت ذاته لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا الزوجات أنفسهن · ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد ، وقواعد فقه أهل المدينة ·

وبناء على هذا جاء الحكم المبين في الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا) مبينا أن الأضرار التى ترخص للزوجة في طلب التطليق من زوجها اقترانه بغيرها دون رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجهما · ومن هذا القبيل اذا أخفى الزوج على الزوجة الجديدة أنه متزوج بغيرها فانه يكون حقا لها أن تطلب التطليق عليه ، كما اذا تزوج عليها دون رضاها ·

ثم قالت : ولم يترك هذا النص الأمر مطلقا تستعمله الزوجة المتضررة حسبما تشاء ، وفي الوقت الذى تريد بل غياه بسنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بالبقاء على عصمته بعده صراحة أوضمنا ·

وضمانا لعلم الزوجة بقيام هذا السبب اوجب النص في فقرته الأولى على الرجل عند عقد زواجه أن يقدم اقرارا كتابيا للموثق يضمنه حالته الاجتماعية . فاذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الاقرار اسم الزوجة او الزوجات اللاتى على عصمته وقت العقد الجديد ومحال اقامتهن ، واوجب على الموثق اخطار اولئك الزوجات بالزواج الجديد بكتاب موصي عليه .

٣٢٢ - والذى أريد أن أتكلم فيه هو الفقرة الثانية من المادة (٦ مكررا) المذكورة آنفا . وقد اعتبر هذا النص اضرارا اقتران الزوج بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم التزوج عليها ، وكذلك الحال ان أخفى الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها .

وقد قالت المذكرة كما سبق الكلام أن مشكلة الجمع بين أكثر من زوجة واحدة مشكلة اجتماعية ولذلك اعتبر النص الجمع من قبيل ايذاء الزوجة السابقة فأعطاها الحق في طلب التفريق ما لم ترض به ، كما أعطاها هذا الحق اذا أخفى الزوج عنها وقت الزواج أنه متزوج . كما قالت : ان ما اختاره القانون في نطاق الشريعة ولا يخرج على أصولها . وأنه فى نفس الوقت لا يبقى على مشكلة تعدد الزوجات الا برضا الزوجات أنفسهن . ومستند هذا ما أوضحه ابن القيم تخريجا على قواعد الامام أحمد وقواعد فقه أهل المدينة .

٣٢٣ - وورد في مذكرة مواد التفريق بسبب الشقاق الزوجي أن هذا النوع من التفريق مأخوذ من مذهب الامام مالك ومثله في مذهب الامام أحمد .

واذا كان الطلاق للضرر مأخوذا من مذهب الامام مالك ومثله في ذلك مذهب الامام أحمد فانه ينبغى أن يرجع في بيان ما يعتبر مضارة يبرر طلب التفريق الى هذين المذهبين ، وفيما يلى بيان ذلك :

٣٢٤ - **أولا**: لم أجد أحدا من فقهاء هذين المذهبين قد صرح باعتبار التزوج بأخرى مبررا للتطليق للضرر ، كما لم أجد من يؤخذ ذلك من كلامه ضمنا ،

على حد علمي . لكنني وجدت من صرح في معرض الكلام عن قوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما ..... » ، بان التزوج بأخرى ليس معتبرا من اسباب الضرر المجيز لطلب التفريق للضرر ، وفيما يلي بيان ذلك :

١ ـ جاء في تفسير الفخر الرازى بصدد تفسير قوله تعالى : « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » (١) قول الرازى : (اذا وقع الشقاق بينهما فذاك الشقاق اما أن يكون منهما أو منه أو منها او يشكل . فان كان منها فهو النشوز ...... وان كان منه : **فان كان قد فعل فعلا حلالا مثل التزوج بامرأة أخرى أو تسرى بجارية ، عرفت المرأة ان ذلك مباح ونهيت عن الشقاق ، فان قبلت والا كان نشوزا** (٢) .

وهذا الكلام من الامام الرازى في تفسير آية بعث الحكمين صريح بأن التزوج بأخرى يعتبر مباحا حلالا ، ومن ثم فلا يعتبر اضرارا بالزوجة سواء كانت القديمة أو الجديدة .

وهذا هو الشأن في كل ما يباح للزوج ، ومنه تاديب الزوجة على النشوز بشرط أن يكون تاديبا مشروعا قد التزم الزوج حدوده (٣) .

٢ ـ وجاء في الخرشي على خليل قوله (من الضرر قطع كلامه عنها ، وتحويل وجهه عنها ، وضربها ضربا مؤلما ـ **لا منعها الحمام أو تأديبها على الصلاة والتسرى ، والتزوج عليها**) .

وظاهر من هذا النص بوضوح أنه لم يعتبر التزوج على الزوجة ضررا يبرر طلب التطليق للضرر ، ثم انه فرق بين التأديب المشروع فلم يجعله سببا

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٥ .

(٢) تفسير الفخر الرازى المجلد التاسع ، طبعة دار الفكر ببيروت ص ٩٦ .

(٣) أحكام القرآن لابن العربى المجلد الأول صفحة ٤١٧ وما بعدها ، طبعة دار المعرفة ببيروت .

للطلاق للضرر . وبين غير المشروع كالضرب المؤلم فجعله سببا للطلاق للضرر والنص قد اورد اسبابا للطلاق للضرر ، ومن المسلم ان ما أورده انما جاء على سبيل التمثيل لا الحصر . هذا ، وقد جاء النص المذكور في موضوع التطليق للضرر ، وبيان أحكام آية بعث الحكمين للاصلاح بين الزوجين (١) .

٣ _ وفي مواهب الجليل قوله أن تأديب الزوجة الذى لا يعتبر من الضرر المبرر للتطليق يكون بالوعظ ثم الهجر والمراد به أن يترك مضجعها على قول كثير من الفقهاء وغاية الهجر شهر ، ولا يبلغ الأربعة الاشهر التى للمولى . ثم الضرب ضرب أدب غير مبرح ، وهو الذى لا يكسر عظما ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها ، فان المقصود منه الصلاح لاغير ، فلا جرم اذا أدى الى الهلاك وجب الضمان . وقيل ان معنى غير مبرح هو غير الشديد ، وقيل غير المؤثر ولا الشاق ، وقيل هو الضرب الذى لا يظهر أثره ، وذلك كله يكون لنشوز المرأة . ولزوم هذه الحدود في التأديب يبعده من أن يكون من الضرر المؤدى الى التفريق .

ثم قال ان من الضرر قطع كلامه عنها ، وتحويل وجهه في الفراش عنها ، وايثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما . وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة ، وتأديبها على ترك الصلاة : **ولافعل التسرى** (٢) .

وقال في مكان آخر : (من الا ضرار أن يمنعها من زيارة والديها . وليس من الاضرار بها النعض لها . وانما الاضرار الأذى وضرب أو اتصال شتم في غير حق وأخذ مال ، أو المشارزة) (٣) .

ومن المسلم أن تعداد مايعد من الضرر وما لا يعد قدورد في النصوص آنفة الذكر على سبيل التميثل لا الحصر . وليس هناك شك في أن التأديب

---

(١) الخرشي على خليل جـ / ٢ ص ٩ طبعة دار الفكر ببيروت .
(٢) مواهب الجليل جـ / ٤ ص ١٤ وما بعدها .
(٣) مواهب الجليل جـ / ٤ ص ٣٤ .

المشروع ليس من قبيل الاضرار التى تعطى المرأة حق طلب التطليق للضرر ومرد هذا انه مباح للزوج ومن حقه مباشرته ولا يعقل ان تكون مباشرة الحق سببا للتطليق للضرر . وبناء على هذا فان كل ما يحل للزوج ويباح له لا تعتبر مباشرته من قبيل الضرر ، ومن هذا التسرى والتزوج باخرى فالله تعالى يقول : (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) (١) ٠

٤ ـ وجاء في رسالة القيروانى قوله : (للمرأة أن تفتدى من زوجها بصداقها أو اقل أو أكثر اذا لم يكن عن ضرر بها ، فان كان عن ضرربها رجعت بما أعطته ولزمه الخلع) ٠

وقال في الفواكه الدوانى : (و) يجوز (للمرأة) الرشيدة (أن تفتدى من زوجها) ولو سفيها أو صبيا (بصداقها) جميعه (أو) ب (أقل أو أكثر) بنص القرآن والسنة واجماع الأمة ٠٠٠٠٠٠ ويفوز الزوج بكل ما افتدت به ولا رجوع لها عليه بشيء منه (اذا لم يكن) الافتداء ناشئا (عن ضرر بها) غير شرعى (فان كان مسببا عن ضرر) أوقعه (بها) فلا يفوز به و (رجعت) عليه (بما أعطته) له (ولزمه الخلع) بعد اثباتها الضرر ٠٠٠٠٠ وقيدنا الضرر بغير الشرعى للاحتراز عما لو ضربها على ترك الصلاة والغسل الواجب أو شتمته فانه يخير في امساكها مع تأديبها أو يفارقها ولو بشيء يأخذه منها فانه يحل له أخذه ولا ترجع به » (٢) ٠

والذى يعنينا من هذا النص أن الزوجة لها أن تفتدى نفسها بصداقها أو أقل أو أكثر ، وذلك من الضرر غير الشرعى ٠ أما اذا كان الفداء مسببا عن ضرر شرعى فانه يحل للزوج أخذه ولا ترجع به ٠

ولو سلمنا جدلا بأن الزوجة تضار بالتزوج عليها فانه على كل حال مشروع ، لأن الزوج من حقه أن يعدد الى أربع نسوة بنص القرآن العزيز ٠

٥ ـ جاء في زاد المعاد قول ابن القيم : (اختلف في شرط الاقامة في بلد الزوجة وشرط دار الزوجية وان لا يتسرى عليها ولا يتزوج عليها ، فاوجب أحمد وغيره الوفاء به ، ومتى لم يف به فلها الفسخ عند أحمد) (٣) ٠

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣ ٠
(٢) الفواكه الدوانى ج / ٢ ص ٨٦ طبع دار المعرفة ببيروت ٠
(٣) زاد المعاد ج / ٥ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ٠

ونحن لا نمنع اشتراط عدم التزوج باخرى والا كان للزوجه انفسخ ، فهذا شرط معتبر عند فريق من الفقهاء ، وانما نمنع الا يكون هناك شرط ، ومع هذا يجعل الزواج بأخرى بمجرد حصوله سببا للتطليق للضرر .

٦ ـ وفي شرح منتهى الارادات قوله : (وان شرطا) أى الحكمان على الزوجين (ما) أى شرطا (لا ينافي نكاحا) كاسكانها في محل كذا أو أن لا يتزوج أو يتسرى عليها ونحوه (لزم) الشرط . ولعلهم نزلوا هذه الحالة منزلة ابتداء العقد لحاجة الاصلاح ، والا فمحل المعتبر من الشروط صلب العقد ..... (والا) بأن شرطا ما ينافي نكاحا (فلا) يلزم وذلك (كترك قسم أو) ترك (نفقة) أو وطء أو سفر الا باذنها ونحوه (ولمن رضي) من الزوجين بشرط ما ينافي نكاحا (العود) او الرجوع عن الرضا به لعدم لزومه (١) .

وظاهر من ذلك أن تجويز الحكمين الا يتزوج عليها انما هو من قبيل الشروط التى لا تنافى النكاح وهى جائزة لدى الحنابلة ، وقد قال المؤلف : ولعلهم نزلوا هذه الحالة منزلة ابتداء العقد ، وأن ذلك لحاجة الاصلاح . ومن ثم فليس الأمر داخلا في الأضرار التى تعطى الزوجة الحق في طلب التطليق للضرر بل هو من قبيل الشروط التى لاتنافى النكاح ، وقد نقلنا عن زاد المعاد آنفا انه اختلف في شرط الا يتزوج عليها وان أحمد وغيره أوجبوا الوفاء به ومتى لم يف به فلها الفسخ عند أحمد . وبحثنا قاصر على اعتبار التزوج باخرى ، عند عدم وجود شرط به ، سببا بذاته للتطليق للضرر أم لا .

٣٢٥ ـ ثانيا : والذى يستخلص من نصوص المفسرين والفقهاء المذكورة أن فعل الزوج لا يعتبر من قبيل الاضرار بالزوجة اضرارا يعطيها حق طلب التطليق منه للضرر اذا كان هذا الفعل من حقه أن يأتيه لأنه مشروع له ، وقد مثلوا لذلك بالتسرى وبالزواج باخرى ، وكذلك بمباشرة الزوج حق تأديب الزوجة للنشوز اذا كان الزوج قد التزم في التأديب حدوده شرعا .

---

(١) شرح منتهى الارادات جـ / ٣ ص ١٠٦ .

وعبارات المفسرين والفقهاء صريحة في بيان ذلك وفي تعليله . وعلى سبيل المثال قال البعض منهم : ان كان فعل الزوج حلالا مثل التزوج بامرأة أخرى أو التسرى بجارية عرفت المرأة ان ذلك مباح ونهيت عن الشقاق فان قبلت والا كان نشوزا (عن تفسير الامام الرازى) .

وقال الخرشي انه ليس من الضرر منعها الحمام أو تاديبها على ترك الصلاة ، ولا التسرى ولا التزوج عليها ، ومن الضرر تجاوز حدود التأديب المشروع كضربها ضربا مؤلما .

وفي مواهب الجليل لم يعتبر من الاضرار تأديب الزوجة اذا التزمت حدوده أما اذا لم تلتزم هذه الحدود فانه يكون اضرارا بالزوجة ومن هذا الضرب المؤلم ، وقد قال ان من الاضرار منعها من زيارة والديها ، وكذلك الاذى وضرب أو اتصال شتم في غير حق .

وفي الفواكه الدوانى بين الضرر الشرعى والضرر غير الشرعى في الخلع واحترز بكون الضرر غير شرعى عما لو ضربها على ترك الصلاة والغسل الواجب أو شتمها له فانه يجيز امساكها مع تأديبها أو يفارقها ولو بشيء يأخذه منها فانه يحل له لأخذه ولا ترجع به .

وذكر في زاد المعاد أنه لو اشترط فى العقد الا يتزوج عليها فان الشرط يلزم عند أحمد وغيره .

ومثل هذا ما ورد في الفواكه الدوانى .

وخلاصة الموضوع ان القائلين بجواز الطلاق للضرر لم يجعلوا من الاضرار أن يباشر الزوج أمرا له فيه حق لأنه يأتى بما يحل له فلا يعقل ان يكون ذلك بذاته سببا لطلب الطلاق للضرر ، ومن الأمثلة للحلال والمشروع أن يتزوج الزوج على زوجته بزوجة أخرى أو قيام الزوج بتأديب زوجته على ما يعتبر من النشوز ، مادام قد التزم في هذا التاديب الحدود المشروعة ، أما اذا لم يلتزم هذه الحدود فانه يخرج من أن يكون من قبيل التأديب المشروع ، ومن ثم يدخل في أسباب طلب التطليق للضرر كالضرب المبرح .

٣٢٦ - ثالثا : بقيت كلمة عن التعدد ومشروعيته وهل يشكل مشكلة اجتماعية ، ومتى ثبت حله فانه لا يكون مبررا لطلب التطليق للضرر بذاته ٠

والأساس في هذا الباب قوله تعالى : « وان خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ، وذلك أدنى ألا تعولوا » (١) ٠

وجمهور المفسرين والفقهاء على أن هذه الآية تبيح تعدد الزوجات وتقصره على أربع ٠

ويشترط لا باحة التعدد :

العدل بين الزوجات عند التعدد ، فان خاف الشخص الجور اذا عدد لزمه أن يقتصر على العدد الذى لا يكون فيه الخوف من الجور ، فان لم يكن ذلك الا في الاقتصار على واحدة لزم أن يقتصر عليها ٠ والآية صريحة في ذلك فهى تقول : « فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة ٠٠٠٠٠٠ » لكن هل يوجد تعارض بين هذه الآية الكريمة وقوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » ٠

جمهور المفسرين على أن المقصود بالعدل في الآية الأولى هو العدل في القسم والنفقة ، فقد قال الامام القرطبى انها منعت من الزيادة التى تؤدى الى ترك العدل في القسم وحسن العشرة (٢) ٠

وقال الجصاص : ان العدل المطلوب في هذه الآية هو العدل الظاهر وهو القسم بين الزوجات والمساواة في الانفاق والمساواة في المعاملة الظاهرة ٠ وليس هو العدل في المحبة الباطنة فان هذا أمر غير مستطاع ، والله تعالى يقول : « لا يكلف الله نفسا الا وسعها » (٣) ٠

---

(١) سورة النساء آيه رقم ٣ ٠

(٢) القرطبى جـ / ٥ ص ٢٠ - ٢٢ - تفسير الجلالين جـ / ١ ص ٧٠ وفيه ان المقصود هو خوف عدم العدل في النفقة والقسم ٠

(٣) الاحوال الشخصية لمحمد أبو زهرة ص ٨٥ ٠

أما الآية الأخرى فالعدل المنصوص عليه فيها هو العدل في المحبة : قال الزمخشري : قيل معناه أن تعدلوا في المحبة . والنبى ﷺ كان يقسم بين نسائه فيعدل ويقول : « هذه قسمتى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » يعنى المحبة ، لأن عائشة رضي الله عنها كانت أحب اليه (١) .

والقرطبى يقول فيها أيضا : ان ذلك ميل الطبع في المحبة والجماع والحظ من القلب ، فالبشر بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم الى بعض دون بعض . ولذلك فانه تعالى لم ينه عن الميل هنا لأنه خارج عن طاقة البشر . والذى نهى عنه هو كل الميل في قوله تعالى : « فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » (٢) .

وبناء على ما تقدم يكون هناك عدل في المسائل المادية الظاهرة من مثل القسم بين الزوجات والنفقة ، فهذا كله مستطاع ويجب توافره فيمن يعدد الزوجات . وليس ذلك فقط بل ان الخوف من عدم توافره موجب لعدم التعدد .

أما العدل في ميل القلب والحب ومسائل العاطفة التى لا يستطيع البشر التحكم فيها فلا يمكن التكليف به لأنه لا يستطاع لخروجه عن الطاقة . وأقوى دليل على ذلك ان المصطفى ﷺ لم يقدر عليه ، وهو المؤيد بالعناية الالهية المتحلى بخلق القرآن .

وقد حثت هذه الآية الكريمة على الاصلاح ورأب الصدع وأن يقترب كل من صاحبه لتسيير السفينة . وان لم يمكن هذا الاصلاح وكان الميل كله فان الطلاق دواء لهذه الحالة ، والله تعالي واسع الفضل يعطى كلا من يحبه .... « وان يتفرقا يغنى الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما » (٣) .

---

(١) الزمخشرى جزء / ١ صفحة ١٤٣ .
(٢) القرطبى جزء / ٥ ص ٤٠٧ ، ٤٠٨ .
(٣) سور النساء آيه رقم ١٣٠ .

وبما قلنا يوفق بين الآيتين الكريمتين بما لايدع مجالا للشك لدى كل من يطلب الحقيقة . اما عدم التوفيق فليس من القرآن وليس من الاسلام ، وليس عليه أحد يعتد له برأى . والقرآن كله يفسر بعضه بعضا ، والنبى ﷺ تولى البيان على ما قدمت ، وليس بعد بيانه بيان فهو صاحب السلطة في تبيين القرآن بقوله تعالى : « وآنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » (١) .

٣٢٧ _ وقد قيل بشرط آخر للتعدد هو كون من يريده قادرا على الانفاق . وسند هذا القول آية « فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت ايمانكم ، ذلك أدنى ألا تعولوا » فهناك من فسر عبارة : « ألا تعولوا » بمعنى ألا تجوروا أو ألا تميلوا فيكون المعنى : ذلك أقرب الى عدم الجور (٢) .

وقال الزمخشرى ان الامام الشافعي فسرها : بألا يكثر عيالكم ، ووجهه : عال الرجل عياله يعولهم : كقولهم مانهم يمونهم ، اذا أنفق عليهم ، لأن من كثر عياله لزمه أن يعولهم وفي ذلك ما يصعب عليه المحافظة على حدود الكسب وحدود الورع وكسب المال والرزق الطيب . وقد انحاز الزمخشرى الى ماذهب اليه الشافعي ، وقال ان كلامه حقيق أن يحمل على الصحة والسداد ، والا يظن به تحريف تعيلوا الى تعولوا (٣) .

والقرطبى سلك مسلك الزمخشرى أيضا فقال : ان تفسير الشافعى هذا قال به الكسائى أبو الحسن على بن حمزة : فالعرب تقول : عال يعول وأعال يعيل اى كثر عياله .

---

(١) سورة النحل آية رقم ١٦ .

(٢) معانى القرآن للفراء جـ / ١ ص ٢٥٣ _ ٢٥٥ _ تفسير الجلالين جـ / ١ ص ٧٠ _ الزمخشرى جـ / ١ ص ٢٥٩ _ ٢٦١ .

(٣) الزمخشرى جـ / ١ ص ٢٥٩ _ ٢٦١ .

وقال الثعلبي المفسر : قال أستاذنا ابو القاسم بن حبيب : سألت أبا عمر الدوري عن هذا وكان اماما في اللغة غير مدافع فقال : هي لغة حمير وأنشد :

وان الموت ياخذ كل حي   بلاشك وان أمشي وعالا (١)

فعلى تفسير من قالوا ان معنى العبارة : ذلك اقرب ألا تميلوا يكون شرط التعدد الوحيد هو عدم خوف الجور .

وعلى تفسير الامام الشافعي يكون للتعدد شرط آخر هو ان يكون راغب التعدد قادرا على الانفاق على زوجاته بعد التعدد وعلى ما يحتمل له من أولاد كثيرين بسببه ، فضلا عن قيامه بالنفقة على من تجب عليه نفقته من اقربائه بصفة كونه عضوا في أسرة .

واني أميل الى هذا التفسير فالشافعي كان عليما بلغة العرب،عليما بمعاني القرآن العظيم . وكلام العرب واشعارهم يؤيد هذا التفسير فضلا عن أئمة المفسرين . فتكون القدرة على الانفاق بالوجه السابق شرطا في التعدد يضاف لشرط العدل .

٣٢٨ ـ أثر تخلف هذين الشرطين : لا يمكن قضاء الحكم بفسخ عقد الزواج بدعوى عدم تحقق أى من الشرطين المذكورين :

فخوف الجور أمر نفسي لا يجرى عليه الاثبات القضائي فلا يمكن بالتبعية أن تجرى عليه أحكام القضاء فالقضاء لا يتغلغل في النيات الباطنة بل له الظاهر ولعل اصدق دليل على ذلك قول الرسول ﷺ : « انكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون الحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما اسمع . فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فانما أقطع له قطعة من النار » ، واذا كان هذا هو صنيع الرسول ﷺ فأحرى بالقضاة أن يكونوا كذلك .

---

(١) القرطبي جـ / ٥ ص ٢٠ ـ ٢٢ .

وفضلا عن ذلك فان الجور أمر غير محقق يخاف الانسان الجور ان عدد الزوجات ، ومع ذلك لايتحقق ظنه ٠

والذى يقال في خوف الجور يقال في عدم استطاعة الزوج الانفاق ، كما أن تعدد الزوجات قد يترتب عليه انخفاض في مستوى معيشة المعدد مع بقاء ما يكفى حاجياته فهنا لا يمكن أن نمنعه من التعدد لنوفر عليه العيش الهنىء لأن هذا قد يدفعه الى الزنى ، وقد يؤدى لمفاسد لاتحصى كثرة ٠

لكل ماتقدم فان الفقه على أن شرطى التعدد ليسا من شروط الصحة فالزواج بدونها يقع صحيحا لكن من يعدد هنا يأثم وتلحقه العقوبة الأخروية ٠

ولا يمكن التسليم بجعل التحقق من توافر الشرطين المذكورين من سلطة القضاء فهذا أمر لم تكن عليه الأمة الاسلامية من لدن النبى ﷺ حتى الآن ، لم يشذ عن ذلك أحد يعتد بكلامه ٠ والاثبات هنا متعذر لتعلق الأمر بباطن النفس كما قلنا ، فاذا أضيف لذلك ضعف الوازع الدينى لدى الشهود ، وفي ضمير الناس مما يجعل مهمة القاضي صعبة ان لم تكن مستحيلة لارتاحت نفوسنا لما عليه اجماع المسلمين ٠

٣٢٩ - تقدير التعدد : فهم المسلمون مقاصد الشارع في التعدد والتزموا في الأعم الأغلب حدوده ، وان وجد من شذ عن ذلك فان علاج هذا الأمر ليس بتدخل القضاء في أمور الأسرة تدخلا لا تؤمن عواقبه ، بل يكون بنشر الوعى الدينى لدى جماهير المسلمين ، وتبصيرهم بمالهم وما عليهم حتى يسيروا في الطريق السوى ٠

ولا يمكن لمسلك قلة من الناس أن يغير النظام ، فليس في الدنيا خير مطلق ، وليس فيها شر مطلق ، وكل أمر خير اذا غلب جانب الخير فيه ، وشر اذا غلب جانب الشرفيه ٠

أما هؤلاء الذين يهاجمون نظام التعدد في الاسلام متأثرين بمبادىء سائدة في بلاد غريبة عنا في الدين والتقاليد وشتى ظروف الحياة ، وهؤلاء

الذين يدعون ان نظام تعدد الزوجات احدث مساكل اجتماعيه بل هو بذاته مشكلة اجتماعية . فانا تقول لهم : ياهؤلاء :

ايهما افضل : تعدد محدود على النظام الاسـلامي بصان فيه العرض والشرف ونحفظ فيه الأنساب ام تعدد بغير حد في علاقات غير شرعية يندى لها الجبين . وثمرتها أبناء غير شرعيين ليس لهم من والد ينسبون اليه ولا من يقوم على شئونهم وتربيتهم .

٢ ـ وهذا الدين جاء للاحمر والأبيض والاسود والاصفر من الناس ، وجاء دينا باقيا ليوم القيامة ، وختمت به جميع الرسالات . والناس على طبائع شتى ، وهو يخاطب الجميع على اختلافهم في الطبائع ، فكان لابد من مخرج لبعض الناس حتى لا تستبد بهم طبيعتهم فتلقى بهم في المهالك ، وتوقعهم في الزنى .

٣ ـ والتعدد قد يكون علاجا لحالات نقص الرجال فهم بطبيعتهم معرضون للفناء أكثر من النساء ومن طرق فنائهم الحروب التى تعصف بالكثير منهم،وأكبر شاهد على ذلك ما كان في الحربين العالميتين الاخيرتين فقد نقص عدد الرجـال في بعض البلاد الأوربية لدرجة كبيرة حتى ان الرجل صار يقابل فيها عددا من النسوة ، فالتعدد يعالج هذا الاختلال في الميزان بين الجنسين وبه تجـد المرأة من يعولها ويكثر النسل فيعوض ما أكلته الحروب .

٤ ـ والزوجة التى تقبل الزواج على أخرى ترى أن في هذا الأمر ما يدعو الى قبولها من مصالح تفوق بقاءها بلا زوج .

أما بالنسبة للزوجة التى يحصل الزواج عليها فكثيرا ما يكون بها ما يدعو لهذا الزواج من عقم أو مرض أو غير ذلك فخير لها ان تظل مع زوجها على التعدد من ان تكون غير ذات زوج .

٥ ـ ويمكن لهذه الزوجة أن تشترط على زوجها حال الزواج بها ألا يتزوج عليها فان فعل يكون لها حق فسخ النكاح لعدم الوفاء بالشرط . وهذا سـائغ في مذهب الامام أحمد ، بل أن هذا المذهب خصب جدا في الشروط ، ويمكن

الاقتباس منه في كثير من أحكامها مما يساعد على حل كثير من المشاكل . ونصوصه مستفيضة في هذا المجال (١) .

وحتى ان اشترطت مثل هذا الشرط وأخل به الزوج فان رضيت بالحال الجديدة فبها ونعمت ، وان لم ترض بها استعملت مقتضي الشرط فلها أن تطلب فسخ الزواج وبه تتحلل من هذه الرابطة . وان كان البعض يرى أن أعمال الشرط هنا في جميع الأحوال قد يضر بثمرة الزوجية ، ويستحسن أن يكون مجال تطبيق مثل الشرط المذكور ألا يكون قد حصل دخول ، أو يكون قد حصل ولم ينتج أولادا ، أما اذا نتجت ذرية بينهما فاعطاؤها الفسخ فيه جعل للحياة الزوجية تحت رحمتها ، وفي ذلك مافيه من مضار (٢) .

٣٣٠ - وان كانت لى كلمة أقولها فانى أهيب بمن بيدهم سن القوانين والانظمة أن يسارعوا الى الغاء جعل تعدد الزوجات سببا لطلب التطليق فان الأمر في القانون ليس له ، فيما اعتقد ، من سند يرتكن اليه من شريعة الاسلام .

والاجدر بأولى الامر أن ينشروا الوعى الديني ويبصروا الناس بمالهم وما عليهم لكى يحسنوا استعمال حقوقهم ويكونوا أهلا لتحمل ماعليهم من تبعات بدلا من فتح أبواب التقاضي في أمر التعدد ، فان في هذا من المضار مايفوق ما يحتمل منه من نفع للناس .

٣٣١ - وقد حكم بأن ضرر الزوج بزوجته أمر تقديرى يقدره القاضي بحسب مايرى من منزلة الزوجين وما يكون بين أمثالهما تطبيقا للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٣) .

---

(١) الفروع جـ / ٤ ص ٥٥ - محمد أبو زهرة من مقال بعنوان : اصلاح الأسرة ، وهو منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة / ٢٤ ص ١٠

(٢) الامام محمد أبو زهرة ، المقال السابق .

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣١/١٢/٥ المحاماة الشرعية س/ ٣ ع / ٤ ص ٣٤٦ رقم ٨٥ .

وبأن دعوى امتناع الزوج عن الانفاق فى طلب التطليق للضرر لاتقبل وانما ترفع طبقا للقانون ٢٥ لسنه ١٩٢٩ .

وهذا الحكم لم يعتبر التقاضي الكثير سببا للتفريق لان التقاضي بينهما خاص بامور الزوجية وكل يطلب حقه في رايه وطالب الحق ليس متعديا . والمحكمة لم تعتبر الامتناع عن دفع النفقة سببا للتفريق مادام أنه ثبت انه يدفع النفقة اذا حكم بحبسه فالحبس وسيلة من وسائل الحصول على النفقة (١) .

وبأن طلب التطليق للضرر بامتناع المدعى عليه عن دفع النفقة يندفع بتنازل الزوجة عن هذه النفقة لأنها به تكون متناقضة فلا تقبل دعواها (٢) .

وبأن للقاضي أن يطلق على الزوج المضار لزوجته ضررا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، وليس له ذلك اذا كان الضرر آتيا من الزوجة وهذا الحكم تطبيق للمادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٣) .

وبأن رفع الزوج دعاوى على زوجته وتهريبه أملاكه حتى لاتنفذ فيه حكم النفقة ورضاه بالحبس نظير متجمد النفقة مع ثبوت قدرته كل ذلك ليس من الضرر الذى يوجب التطليق عندمالك رحمه الله فيما أخذ به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

وبأن للزوج أن يضرب زوجته الضرب التأديبى الذى يؤدب أمثالها اذا نشزت منه لقوله تعالى : (واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن

---

(١) محكمة المحلة الشرعية ١٩٣٠/٣/١١ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٩ ص ٨١٧ رقم ٢١٢ .

(٢) محكمة الواسطى الشرعية ١٩٣٠/١/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٧ ص ٦٢٩ رقم ١٧٤ .

(٣) محكمة مغاغة الشرعية ١٩٢٩/٩/١٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٤ ص ٣٢٦ رقم ٩٩ .

في المضاجع واضربوهن) ولا يعد هذا من باب الضرر المنصوص عليه في المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (١) .

وبأن للزوجة طلب التطليق للضرر طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وطلاق الزوج لزوجته ولو رجعيا مزيل للضرر وخصوصا اذا اقترن بما يدل على أنه لاينوى مراجعتها وحينئذ لا تجاب لطلب التطليق للضرر (١) .

وبأن الضرر الموجب للتفريق بمقتضي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص بالضرر الناشيء من الشقاق والتنافر بين الزوجين الملازم غير القابل للزوال الذى في قدرة الزوج انزاله بالزوجة وفي قدرة الحكمين معالجته وليس منه قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعى وعدم امكان اتيان الزوجة لأن القصر عارض لايلبث أن يزول متى صار الزوج مكلفا . وأن الزوج يجب عليه قضاء أن يواقع زوجته مرة واحدة في مدة الزوجية وليس لهذه المرة زمن معين فقد تكون في أول الزوجية أو في آخرها أو بين ذلك . وأن المرأة اذا تزوجت بمن لايقدر على اتيان النساء وكانت عالمة بحقيقة حاله وقت عقد النكاح تكون بذلك اسقطت حقها في تلك الوطاة الواجبة . وأن القاصر المراهق اذا أدعى الوصول الى زوجته الثيب صدق بيمينه . ولا مانع من أن يصل المراهق الى زوجته لأن أعضاء التناسل تكون في هذه السن ذاهبة دائما الى نموها ويحصل النشاط التناسلى من حين الى آخر بسبب تهيج الدم خصوصا اذا لاقت الملامسات التى توقظ فيها الاحساس من غفلته . وبأن الصبى المراهق خلوته صحيحة وتجب بها العدة . والصبى المميز المأذون بالخصومة يمينه جائزة فاذا حدث ثم ادرك فلا يمين عليه كالنصرانى اذا حلف ثم أسلم . وادعاء الصبى المميز الوصول الى زوجته يحلف عليه لانه وان كان مدعيا للوصول صورة الا أنه ينكر استحقاق حق الفرقة . وقد استند الحكم على جـ / ٢ من الدر المختار ورد المختار صفحة ٣٤٧ في القول

---

(١) محكمة دمياط الشرعية ١٩٢٩/٧/٢٣ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٧ ص ٦٢٤ رقم ١٧١ وقد تأيد استئنافيا .

(٢) محكمة كرموز الشرعية ١٩٣٠/٣/٣٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٩ ص ٩٢٠ رقم ٢١٤ .

أن الصبي اذا بلغ سن الثانية عشرة كان مراهقا وخلوته صحيحه وتجب بها العدة [١] ٠

وبان الزوجة لا تجاب لطلبها تطليقها من زوجها للضرر ربما وصفته به اذا كانا من بيئة واحدة وقد سبق لها الرضاء بعشرته مع اتصافه بما جعلته سببا لطلبها[٢] ٠

وبأن الهجر في المضجع مدة لاتحتملها الزوجة يبيح التطليق للضرر وأن المناط في التطليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهرا عنه ولا يمنع من التطليق توقع زوال الضرر مادام الضرر قد وقع فعلا[٣] ٠

وبان ظهور تلفيق دعوى التطليق لا يمنع (عند تكرار الشكوى) من تعيين الحكمين كما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[٤] ٠

وبأنه اذا اطلق النص في التشريع وجب الرجوع الى المآخذ وبان الضرر الذى نص عليه في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يشمل أحوالا عدة منها سوء الخلق وهجر الفراش وبان الصغيرة اذا بلغت ولم تختر نفسها بالبلوغ يسقط حقها في طلب التطليق للضرر ٠

---

(١) محكمة العياط الشرعية ١٩٣٠/١/٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٦ ص ٥٢٨ رقم ١٥٠ ٠

(٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٧/٧ المحاماة الشرعية س / ٤ رقم ٩٧ ص ٣١٤ ٠ وفي هذه القضية ادعت الزوجة سوء سلوك الزوج وادمانه الخمور ولعب الميسر وارتكاب المنكرات مما يدل على عدم أمانته واتصافه بما لايمكن معه دوام العشرة ٠

(٣) محكمة شبين القناطر الشرعية ١٩٣٢/١٠/٨ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٣٢٨ رقم ١٠٥ ٠ وهذه القضية تطبيق للمواد ٦ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٤ من القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٢٩ ٠

(٤) مصر الابتدائية الشرعية ١٩٣٢/٤/٦ المحاماة الشرعبة س / ٤ ص ٦٢٧ رقم ٢٠١ ٠

ومما جاء في هذا الحكم ان المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نصت على **كلمة الضرر** والشارع لم يقصد مطلق الضرر بل قصد الضرر الناتج من الشقاق بين الزوجين لسوء الخلق وما شاكله والمادة لم تبين نوع الضرر الموجب للتفريق فوجب الرجوع الى ماخذ المادة وهو مذهب الامام مالك وبه يتضح ان فروع التطليق للضرر تكاد تجمع على أن الأصل فيها هو شكاية المرأة من هجر فراشها وعدم وقاعها . وقد جاء في باب الايلاء من كتاب الشرح الكبير ما نصه : (واجتهد) الحاكم بلا ضرب أجل ايلاء وطلق على الزوج في حلفه لأعزلن عنها بان يمنى خارج الفرج ، أو حلفه لا أبيت عندها لما فيه من الضرر والوحشة عليها بخلاف لا ابيت معها في فراش مع بياته معها في بيته ، اويترك الوطء ضررا فيطلق عليه للاجتهاد ان كان حاضرا بل (وان كان غائبا) ولا مفهوم لقوله **ضررا** بل اذا تضررت من ترك الوطء طلق عليها بالاجتهاد ولو لم يقصد **الضرر** يدل عليه قوله (أو سرق) أي دوام العبادة ورفعته فيقال له اما أن تطأها أو تطلقها أو يطلق عليك (بلا ضرب أجل للايلاء على الأصح في الفروع الأربعة) أ هـ .

وجاء في الحاشية (ومعنى الاجتهاد في الطلاق عليه ان يجتهد في أن يطلق عليه فورا بدون أجل أو يضرب له أجلا واجتهد في فوره من كونه دون أجل الايلاء أو فوره أو أكثر منه) أ هـ .

فمما تقدم وغيره في كتب المالكية **كثير وشائع** تبين أن الضرر عنده ، وهو مأخذ المادة ، ليس خاصا بالشقاق بين الزوجين لسوء الخلق بل كما يكون به يكون بغيره وهو الأغلب الذي يرجع سببه الى ترك الوطء الى آخره (١) .

وبأنه لا تعد مطالبة الزوج لزوجته بالدخول في طاعته ولا الامتناع عن أداء

---

(١) محكمة جرجا الشرعية ١٩٣١/٧/١٣ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٣ ، ٤ ص ٣٥٤ رقم ١٠٤ . وقد تايد استئنافيا .

الشقاق ضرارا مسوغا للتفريق . بأن الهجر ضرارا كما يكون بعد الدخول يكون قبله وبذا يصلح مسوغا لطلب التفريق (١) .

ومما جاءفي هذا الحكم: الهجرضرارا كما يكونبعد الدخوليكون قبله ويجب أن يلاحظ أن ثمة فارقا بين ضرار الهجر وضرار الشقاق وأن الأخير اذا كان لا يتصور وقوعه بدون معاشرة فان ضرار الهجر متصور الوقوع قبل وبعد الدخول وامساك الزوجة منهى عنه (ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا) .

وبأن من الضرر الذى يوجب الطلاق أن يعمد الزوج الى غير مكان الحرث والنسل من زوجته أو يتسبب فى اصابتها بمرض الزهرى أو يشتمها أو يسبها أو يولى وجهه عنها فى الفراش أو يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر أو يؤثر امرأة عليها أو يرتكب منكرا يتعدى أثره اليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهارا مع جماعة من الفساق بينهم غلامان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك (٢) .

وبأن المناط فى الضرر الذى يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من أجله هو لحوق الأذى بها من زوجها سواء في بدنها أو عرضها ، ففسق الزوج لايوجب تطليق زوجته ما لم يتعد أثره اليها .

وفى هذا الحكم ادعت الزوجة أن زوجها يشرب الخمر والمحكمة تعرضت لبحث الفسق وأثره فى طلب الطلاق ، فقالت ان النصوص فى مذهب الامام مالك وهو الذى أخذت منه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ ، صريحة في أن فسق الزوج لا يوجب التطليق مادام أثره لايتعداه الى زوجته ،

---

(١) محكمة المحلة الكبرى الشرعية المحاماة الشرعية ٢٢/١/١٩٣٥ س / ٦ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٤٤٦ رقم ١٣٤ وصار نهائيا .

(٢) محكمة كرموز الشرعية في ٣٠/٦/١٩٣٤ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٦ رقم ٢٢٦ . وقد تأيد في الاستئناف .

ففى حاشية الشيخ حجازى على مجموع الامير ص ٤٧٦ ج / ١ ، بيانا لقول الأمير : ولها التطليق بثبوت الضرر ما يأتى : قوله بثبوت الضرر الخ ٠٠٠ أى بقطع كلامه عنها أو تولية وجهه عنها فى الفراش ، لامنع حمام أو نزاهات أو تأديبها على الصلاة أو سكر أو تزوج عليها أ هـ ٠

وفي الرهونى ص ٢٥٠ ج / ٣ مانصه : (سئل ابن زرب في صفر سنة ٣٧٧ هـ ٠ عن ولية لقوم نكحها رجل طارىء من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك عليها أولياؤها وذهبوا الى فسخ النكاح ، وقد كان بنى بها ٠ قال : فلا سبيل الى حل النكاح ان كان قد دخل بها ٠ قيل له : فلولم يدخل ، فتوقف ، قال : الذى لا أشك فيه أنه اذا دخل لم يفسخ النكاح ٠ ثم قال : والعمل على هذا القول (فسخ النكاح بالفسق) في هذه الأزمنة صعب ، ويؤدى الى فسخ أكثر الانكحة ٠ وقد أشار ابن بشير الى هذا فقال : وقد كان بعض اشياخى يهرب من الفتوى بهذا ، ويرى أنه يؤدى الى فسخ كثير من الأنكحة الخ ٠٠٠٠ فالمناط اذن فى الضرر الذى يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق بسببه هو أذى يصيبها في بدنها أو عرضها ، فليس فسق الزوج بناء على ما تقدم موجبا للطلاق ما لم يتعد أثره لزوجته (١) ٠

وحكم بأنه لا يجاب طلب الزوجة تطليقها للضرر بحبس زوجها الا اذا كان مثلها يتضرر بذلك ولم تكن متعهدة بالاستمرار في عصمته في حالة الحكم بالحبس ولا راضية بذلك ٠

ومما جاء فى اسباب هذا الحكم ان المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستمدة من الشريعة الاسلامية وكذلك باقى مواده فاذا اريد تطبيق مادة منه يجب الرجوع الى مأخذها الذى أخذت منه وهو مذهب مالك :

---

(١) محكمة كرموز الشرعية فى ١٩٣٤/٥/٣١ المحاماة الشرعية س / ٦ ع ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٨٧ رقم ٢٢٢ ٠ وقد تأيد فى الاستئناف ٠

فعن الهجر : نقل العلامة الرهونى في حاشيته على الزرقانى على متن خليل من باب الايلاء أن تركه الوطء لا يعتبر ضررا تطلق من أجله المرأة الا اذا كان متعمدا ومن غير عذر . واستشهد على ذلك بقول الامام مالك في « المدونة » حيث قال : (ومن ترك وطء زوجته بغير عذر ولا ايلاء لم يترك فاما وطىء أو طلق) . كما نقل عن صاحب المنتقى مانصه : (ولو ترك الرجل وطء امرأته من غير يمين على وجه الضرر . قال القاضي أبو محمد ، وقد عرف ذلك منه وطالت المدة فان حكمه حكم المولي . وقال مالك : ولايترك ان لم يكن له عذر حتى يطأ أو يفرق بينهما) ونقل عن ابن العربى في أحكامه ما نصه : (قال علماؤنا : اذا امتنع عن الوطء قصد الاضرار من غير عذر مرض أو رضاع أن لم يحلف كان حكمه حكم المولى وترفعه الى الحاكم ان شاءت) .

فهذه النصوص صريحة في أنه لا يعتبر الزوج مضارا لزوجته في الهجر في المضجع الا اذا كان ذلك مقصودا ومن غير عذر .

وفي القضية كان الهجر في المضجع للحبس الذى مدته أقل من ثلاث سنوات فاعتبر الحكم الهجر هنا قهرا عن الزوج فلا يؤخذ عدالة (١) .

وحكم بأن : ١ ـ العنة من العيوب الشرعية التى تجعل للزوجة حق طلب التفريق .

٢ ـ والقول للزوج في أدعاء اللقاء اذا ثبت من كشف الأمينة أن الزوجة ثيب .

٣ ـ وتوجيه اليمين انما يكون حالة انكار الزوجة لقاء الزوج بها .

واذا وصل الزوج زوجته ولو مرة في حياته زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته حق في طلب التفريق بينها وبينه بسبب هذا الوصف (٢) .

---

(١) محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣٤/٧/٢٨ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٩٩ رقم ٢٢٧ .

(٢) محكمة الأقصر الشرعية في ١٩٣٣/١٢/٢١ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ١ ، ٢ ص ١٧١ رقم ٥١ . والحكم لم يستأنف فصار نهائيا .

ومما جاء في أسباب هذا الحكم ان الفقهاء نصوا على أنه اذا قالت وجدته عنينا وانكر ذلك وادعى وطأها وكان قد تزوجها بكرا وثبت من كشف الأمينة عليها أنها ثيب فالقول له بيمينه ، وكذلك الحال فيما لو وجدت ثيبا وزعمت زوال البكارة باصبعه لأن الظاهر زوالها بالوطء لا بسبب غيره .

وقال الحكم أيضا ان التشريع الجديد لم يتعرض بشيء جديد لطلب الحكم بالتفريق بالطلاق بسبب العنة بل أبقى الحكم فيه لمذهب الامام أبى حنيفة والنص صريح في أن الزوج اذا وطيء زوجته ولو مرة واحدة زال عنه وصف العنة ولم يبق لزوجته من حق في طلب التفريق بينها وبينه بسببها .

وحكم بأن هجر الزوج زوجته سنة فأكثر وتركه اياها في بلده بدون أن يحضر لها فيها مرة واحدة مما لا تحتمله الزوجة عادة موجب لتطليقها عليه . ولايمنع من ذلك ادعاؤه الانفاق عليها أو أن غيابه كان للسعى وراء الرزق (١) .

وبأن المراد من المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو المعاشرة الصالحة التى تنتج نسلا صالحا . فاذا أكره الزوج زوجته على الدعارة السرية ، وتابت توبة نصوحا ، وطلبت طلاقها من الزوج حتى لا يردها عن توبتها بما له من هيمنة عليها . أجيبت الى طلبها لأن المعاشرة التى بينهما على خلاف الشرع ، وعلى نقيض المادة المذكورة (٢) .

وبأنه يقضي بالتفريق بين الزوجين كنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ متى ثبت اضرار الزوج لزوجته بما لا يمكن معه دوام العشرة الصالحة ، المفضية الى نسل صالح (٣) .

---

(١) محكمة الدر الشرعية في ١٩٣٨/٣/٢٦ المحاماة الشرعيه س/ ١٠ ع / ٢ ص ١٧٨ رقم ٤٨ .

(٢) محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣٨/٣/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١٠ ص ٩٢٥ رقم ٢٠٧ .

(٣) محكمة الضواحى الشرعية في ١٩٣٩/٣/٦ المحاماة الشرعية س / ١٠ ع / ١٠ ص ٩٢٤ رقم ٢٠٧ .

وبأن هجر الزوج فراش زوجته من الأضرار الموجبة للتفريق ·

ومما جاء في هذا الحكم قوله : (جاء في المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مايأتي : « وواضح ان المراد بغيبة الزوج هنا غيبته عنها بالاقامة في بلد آخر غير بلد الزوجة · اما الغيبة عن بيت الزوجية مع الاقامة في بلد واحد فهي من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر » وجاء بها كذلك « ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لاتحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب (١) ·

وحكم بأن الزوجة لاتجاب لطلب التفريق للضرر :

لضرب الزوج لها واهانته اياها لمعاشرته اياها بعد مما يدل على أن ما حصل لها من الضرب والاهانة مما يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما لأن هذه قرينة على ذلك (٢) ·

وأنه لا يصلح استمرار الحوادث الجنائية بين أفراد اسرتي الزوجين سببا في التفريق للضرر سيما اذا سبق تلك الحوادث صدور حكم بالنشوز على الزوجة وكانت قد اعترفت بأنها لم تعاشر زوجها بعد الحكم بالنشوز (٣) ·

٣٣٢ — وفي الحكمين حكم :

بأن القاضي يعين حكمين عند تكرر طلب التفريق للضرر ويحكم به متى قرر الحكمان أن الضرر من قبل الزوج ·

وهذا الحكم طبق المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ · وقد قرر الحكمان في القضية في تقرير قدماه أن الاساءة من جانب الزوج ولم يتيسر لهما الاصلاح بينهما بوجه من الوجوه (٤) ·

---

(١) محكمة جرجا الشرعية في ١٩٣٣/٧/١٥ المحاماة الشرعية س / ٥ ع / ٥ ، ٦ ص ٥٧٨ رقم ١٥٩ وقد تأيد في الاستئناف ·

(٢) محكمة الواسطى الشرعية في ١٩٣٤/١٢/٢ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٠٢ رقم ٤٨ وقد تأيد في الاستئناف ·

(٣) محكمة مغاغة الشرعية في ١٩٣٥/٨/١٠ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٤٩٤ رقم ١٣٣ وقد تأيد في الاستئناف ·

(٤) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٤/١٢/١٢ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٣ ، ٤ ، ٥ ص ٣٩١ رقم ١٠٨ ·

وحكم بأنه يشترط لجواز تعيين الحكمين في دعوى التطليق للضرر سبق رفض مثلها مرتين فأكثر للعجز عن الاثبات لا لسبب غيره (١) ٠

وبأن اختلاف تقارير الحكمين في سبب النزاع بين الزوجين وعدم امكان التوفيق بينهما الدال على جهالة حال الزوجين يقتضي اجابة طلب الزوجة التفريق للضرر (٢) ٠

---

(١) محكمة اطسا الشرعية في ٢٧ /١٩٣٧/٦ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٩٩ رقم ٦٨ ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٨٣٥/٥/٢١ المحاماة الشرعية س / ٧ ع / ١ ، ٢ ، ٣ ص ١٩٠ رقم ٥٢ ٠

المبحث الرابع

التفريق للغياب

٣٣٣ – هذا النوع من التفريق يدخل في باب التفريق للضرر لان الزوجة تتضرر من غياب الزوج عنها .

٣٣٤ – وهو مقرر في جمهورية مصر العربية طبقا للمادتين ١٢ ، ١٣ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ .

وتنص المادة ١٢ المذكورة على انه : « اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته ان تطلب الى القاضي تطليقها بائنا اذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

وتنص المادة ١٣ على انه : « اذا امكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له اجلا واعذر اليه بان يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه فاذا انقضي الاجل ولم يفعل ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقة بائنة وان لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضي عليه بلا اعذار وضرب اجل » .

والذى يؤخذ من هاتين المادتين انه يشترط في الغياب الذى يكون التفريق بسببه ان تمضي سنة تتضرر فيها الزوجة وبعدها يمكنها طلب التفريق للغياب ولو كان الزوج قد ترك لها ما تنفق منه فان طلبت التفريق وكان الزوج مجهول المكان أو في مكان لا يمكن وصول الرسائل اليه فيه فان القاضي متى ثبت لديه الغياب ومضت السنة يطلق في الحال .

اما اذا كان معلوم المكان ويمكن وصول الرسائل اليه فان القاضي يرسل اليه بان يحضر لزوجته أو يضمها اليه ويضرب له اجلا ويبين له انه اذا لم يفعل واحدا من هذين خلال الاجل المضروب فانه يطلقها عليه . فان مضي هذا

الاجل ولم يحضر الزوج لزوجته أو يضمها اليه فان القاضي يطلقها عليه والطلاق هنا بائن ٠

ويجب في الغياب لكي يكون سببا في التفريق الا يكون لعذر مقبول وان يكون في بلد آخر غير البلد الذى تقيم فيه الزوجة فان كان في نفس البلد فانه لا يكون غيابا فلا يكون سببا في طلب التفريق للغياب وان امكن كونه سببا للتفريق للضرر لانه هجر قصد به الاذى والضرر ٠

والتفريق للغياب مأخوذ من مذهب مالك وأحمد ٠

٣٣٥ – وفي لبنان نصت المادة ١٢٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا ترك رجل مالا من جنس النفقة وتغيب وراجعت زوجته الحاكم وطلبت التفريق فالحاكم يجرى التحقيقات اللازمة بحق الرجل المذكور فاذا حصل يأس من اخذ خبر بمحله وحياته أو مماته يؤجل ذلك اربع سنوات اعتبارا من تاريخ اليأس ، واذا لم يمكن اخذ خبر بظرف هذه المدة واصرت الزوجة على طلبها يفرق بينهما الحاكم ٠ واذا كانت غيبة الزوج في المحاربة فالحاكم يحكم بالتفريق بعد مرور سنة من عودة الطرفين المتحاربين واسرائهما لمحلاتهم وعلى كلا الحالتين فالزوجة تعتد بعدة الوفاة اعتبارا من تاريخ الحكم » ٠

وقالت المادة ١٢٨ : « اذا حكم بتفريق امرأة بموجب المواد السابقة وتزوجت بآخر ثم ظهر الزوج الاول فظهوره لا يوجب فسخ النكاح الاخير » ٠

٣٣٦ – وعند الشيعة لا تكفى الغيبة وحدها للتفريق فاذا كان لزوجة الغائب مال يمكن ان تنفق منه أو وجد متبرع من قبل الزوج بالانفاق عليها فان القاضي لا يفرق بينهما بسبب الغياب سواء اعرف مكان وجود الزوج أم لم يعرف هذا المكان ٠ وهذا الحكم مأخوذ من المادة ١٣٩ من الفصول الشرعية ٠

المبحث الخامس

التفريق للحبس

٣٣٧ ـ نصت المادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ المطبق في جمهورية مصر العربية على انه : « لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فاكثر ان تطلب من القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

٣٣٨ ـ وهذا النص وان لم يكن له نظير في لبنان فان المحاكم السنية تحكم بالتفريق اذا حكم على الزوج بالحبس ثلاث سنوات ما دامت الزوجة طلبت التفريق بعد مرور سنة من ابتداء التنفيذ بالحكم على الزوج .

وعند الشيعة ليست الغيبة بذاتها سببا في الطلاق .

الفصل الرابع

العـــدة (١)

المبحث الأول

٣٣٩ ـ تعرف العدة في اصطلاح الفقهاء بانها اجل ضربه الشارع لانقضاء ما بقى من آثار النكاح ، فاذا حصلت الفرقة بين الزوج وزوجته فان هذه الفرقة لا تفصم عروة الزوجية من جميع الوجوه بمجرد حصول الفرقة بل تنتظـــر المرأة فلا تتزوج زوجا غيره حتى ينتهى الاجل الذى حدده الشارع ٠

٣٤٠ ـ والعدة شرعت للاحداد على الزوج السابق ولاستبراء الرحم والتأكد من ذلك حتى اذا اقدمت على الزواج بعد العــدة يكون فراغ ألرحـم مؤكدا ٠ وفوق ذلك فالاصل ان يكون الطلاق رجعيا فلابد من وجود فرصة لدى الزوج يراجع فيها زوجته وهذه الفرصة هى مدة العدة ٠

والعدة تجب بالمتاركة في العقد الفاسد والوطء بشبهة لكن سببها هنــا الدخول فلا تثبت الا به ٠ وهى تبتدىء من وقت المتاركة في العقد الفــاسـد أو من وقت الموت ٠ واما في الوطء بشبهة فهى تبتدىء من تاريخ آخر دخــول بالمــرأة ٠

---

(١) لأهل الذمة احكام خاصة بالطلاق والعدة ٠ وقد بين بعضا منهــا أحكام قضائية ، وقد رأيت ايراد بعضها تحصيلا للفائدة : فقد حكم بأن أهل الذمة يتركون وما يدينون ، فاذا كان لاطلاق عندهم الا بمعرفة رئيسهم الدينى فلا يعتبر طلاق المطلق منهم زوجته مطلقا ٠ وتكون دعوى المطلق منهم ابطال فرض نفقة زوجته برغم أنها بانت منه لا الى عدة دعوى كيــدية والدعــوى الكيدية يجب رفضهــا ٠ ومما جاء في هذا الحكم : =

والعدة في الوطء بشبهة وفي الزواج الفاسد تكون بثلاث حيضات ان كانت المرأة من ذوات الحيض والا فثلاثة اشهر وهذا كله ان لم تكن حاملا . فان كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل . فلا فرق في تقدير العدة ونوعها اذا كانت الفرقة بينهما بالمتاركة او الموت بل هى واحدة في كل الاحوال فليس في العقد الفاسد نوع خاص بالوفاة .

وهذا الامر واضح من المادة ١٤٢ من قانون حقوق العائلة التى تقول ان احكام المواد السابقة جارية ايضا في المرأة المقاربة بنكاح فاسد والاحكام المنوه عنها هى مدة العدة ثلاث حيضات لمن تحيض وثلاثة اشهر بالنسبة لمن لم تر الحيض أو كانت آيسة من المحيض .

= ١ — الخصمان مسيحيان ارثوذكسيان تزوجا حسب ديانتهما ، وهذه الطائفة أهل ذمة .

٢ — أئمة الحنفية اختلفوا في وجود العدة على مطلقة الذمة . قال الصاحبان : تجب عليها العدة لان أهل الذمة التزموا احكامنا بعقد الذمة ووافقهما الامام في المطلقة الحامل فأوجب عليها العدة حتى تضع حملها لأن الفراش قائم واذا لم تجب عليها العدة جاز زواجها وبزواجها يشتبه نسب الولد فيجب العدة حفظا لحق الولد . وخالفهما فيما اذا لم تكن حاملا فقال : اذا كان في ديانتهم ألا عدة عليها لاتكون عليها عدة لأن العدة فيها معنى العبادة والقربة ولا يمكن ايجابها حقا للزوج لأنه لا يعتقد بها ، ولا حقا لله لأنهم غير مخاطبين بما هو عبادة أو قربة وقد أمرنا بتركهم وما يدينون . والراجح في المذهب قول الامام ، وعليه متون الفقة (الدر وابن عابدين ج / ٢ من باب نكاح الكافر وأواخر باب العدة بالجزء الثالث . والبدائع في فصل كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة من الجزء الثانى ، وفصل : وأما الذى هو من التوابع بالجزء الثالث) .

٣ — يلزم بحث اذا كان الطلاق الصادر من المستانف طلاقا صحيحا تبين به زوجته لا الى عدة أو طلاقا لغوا لا يترتب عليه أى أثر من الآثار . الفقهاء لم يذكروا صريحا ما المراد من طلاق الذمة : هل هو الطلاق المعول عليه في دينه ومعتقده أو هو الطلاق المعروف في الشريعة الاسلامية . الا أنه بناء على أصل الصاحبين من أنه بعقد الذمة قد التزم بأحكام الاسلام يجب أن يحمل الطلاق على الطلاق المعروف في الشريعة الاسلامية . وبناء على أصل الامام من أن =

= الذميين غير مخاطبين بحقوق الله، وأنا أمرنا بتركهم وما يدينون يجب أن يحمل الطلاق على الطلاق المعروف عندهم في دينهم لأن الامام اذا كان يقول بعدم العدة على المطلقة (اذا كانوا يعتقدون أن لا عدة بعد الطلاق) لأنه لا يمكن ايجابها لحق الرجل لعدم اعتقاده بها ولا لحق الله لأنهم غير مخاطبين بحقوق الله، وجب أن يكون المراد من الطلاق عنده الطلاق الذى يدينون به ويعتقدونه لانه هو الذى ليس في ديانتهم ولا يعتقدون أنه طلاق فهو عندهم لغو لا يعتقدون بعده بعدة ولا عدم عدة . ويؤيد هذا ان الامام جعل الاحكام المتعلقة بهم في باب النكاح والزواج مبنية على ما يعتقدونه ويدينون به كما في المبسوط والفتح والبدائع ومعتبرات كتب المذهب . وبمراجعة أقوال علماء الدين المسيحى وكتبهم علم أن الأصل في هذه الديانة عدم الطلاق الا لعلة الزنى . ولكن ليس للرجل مطلقا أن يطلق امرأته بمحض اختياره لأن الطلاق للكنيسة التى يمثلها الرئيس الدينى الروحى . ثم استنبط علماؤهم من نصوص كتبهم المقدسة قواعد تجيز الطلاق في ظروف أخرى غير الزنا ولكن لا يجوز في جميع الأحوال أن يحصل الطلاق الا بمعرفة الرئيس الدينى الروحى . واذا طلق الرجل امرأته كان طلاقه لاغيا . وبمجرد حصول الطلاق من الرئيس الدينى تبين المرأة من زوجها ولا عدة عليها ، ويحل لها أن تتزوج غيره الا اذا كان الطلاق لعلة الزنا . وهذا في غير الحامل . أما الحامل فتعتد حتى تضع حملها (كتاب الأحوال الشخصية للطوائف الأرثوذكسية في المسائل المتعلقة بالطلاق . ومباحث الطلاق وما يترتب عليه بالمجموع الصفوى لابن العسال في قوانين الكنيسة وكتاب العهد الجديد) .

٤ ـ الطلاق الذى حصل من الزوج ليس له أى أثر لأنه لا يعتقده ولا يدين به ، فلا تترتب عليه عدة لانتفاء الاعتقاد بذلك حسب دينهم .

(محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ١٦/١١/١٩٢٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٤ ص ٣٠٣ رقم ٨٧) .

والمحكمة بهذا الحكم أيدت الحكم المستأنف برفض دعوى الطلاق الذى يدعيه الزوج وقد كانت الدعوى بطلب ابطال حكم نفقتها والمحكمة الجزئية رفضت الدعوى .

وقد حكم لذلك : بأننا أمرنا بترك أهل الذمة وما يدينون وانه لا طلاق للذميين مادامو لا يدينون به .

ومما جاء في هذا الحكم قوله : اذا صح قبول طلاق الذميين أمام المحاكم الشرعية فالعدة من لوازمه للمطلقة الذمية ، ويجب لها النفقة .

وانه اذا امتنع فرض النفقة للذمية المطلقة التى لا يجيز دينها الطلاق =

اما العدة في العقد الصحيح فهى تجب بالفرقة بعد الدخول او الخلوة ان كانت الفرقة بغير الوفاة ٠ اما اذا كانت بالوفاة فانها تجب بنفس العقـد وبالوفاة ولذلك تجب هنا سواء حصل دخول ام لم يحصل لانها تجب هنا حدادا على الزوج السابق ٠ ولا تجب في الفرقة قبل حصول الدخول أو الخلوة اى عدة لقوله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » ٠

وهى تبتدىء في العقد الصحيح من وقت الفرقة بالطلاق او غيره ٠

ولكن ان كانت الفرقة هى الطلاق وكانت الزوجة لا تعلم بوقوعه ثم اقـر بحصوله وصدقته الزوجة فان العدة هنا لا تبتدىء من التاريخ الذى ذكـر الزوج أن الطلاق وقع فيه بل تبتدىء من تاريخ اقراره بحصول الطلاق لان الاقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه الى غيره والعدة حق للشارع فلا يسرى اقراره بالنسبة لها ٠

لكن يلاحظ ما نص عليه في المـادة ١٣٥ من قانون حقوق العائلة من ان مبدأ العدة وقوع الطلاق او الفسخ أو وفاة الزوج **ولو لم تطـلع الزوجة على ذلك** ٠

وظاهر من المـادة ١٣٩ من القانون المذكور ان العدة لا تكون الا **بعـد الاجتماع** ٠ وكذلك الشأن في المـادة ١٤١ ٠ وايضا في ١٤٢ في النكاح الفاسد ٠

وقد قالت المـادة ١٤٦ ان العدة لا تلزم اذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل الاجتماع والمقاربة في النكاح الصحيح أو الفاسد ٠

اما المـادة ١٤٣ فهى لم تستـلزم في عدة المتوفي عنها زوجها ان يكـون حصل الاجتماع فالعدة هنا سارية سواء حصل الاجتماع أو لم يحصل ٠

= لحقها ضرر محقق اذ تمنع عنها نفقتها كمطلقة لاعدة عليها في حين أنها لا تستطيع الانتفاع بهذا الطلاق فتتزوج غير مطلقها على اى مذهب من مذاهب دينها ٠ وهذا ظلم كلفنا الشارع برفعه عنهم ٠

(محكمة قليوب الشرعية في ١٩٢٩/٣/١٦ المحاماة الشرعيه س / ١ ع / ١ ص ٢٠ رقم ٨) ٠

المبحث الثانى

انواع العدة

٣٤١ - العدة من الفرقة في النكاح الصحيح ثلاثة انواع :

عدة بوضع الحمل

وعدة باقــراء

وعدة بالاشهر

٣٤٢ - **اما العدة بوضع الحمل** : فهى في مطلق الاحوال بوضع الحمل لقوله تعالى : « واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن » . وهذا النص عـام يسرى على المعتدات من طلاق أو فرقة في حياة الزوجين كما يشمل المعتـدات من وفاة الزوج .

ويشترط في الولادة التى تنتهى بها العدة ان يكون ما وضعته المعتـدة قد استبان خلقه أو بعض خلقه فان لم يكن ذلك لم تنقض العـدة لان ما اسقط قد يكون حملا وقد يكون غيره والعدة لاتنقضي بالشك .

وبنزول اكثر الولد المستبين بعض خلقه تنتهى العـدة .

وفيما تقدم تقول المـادة ١٤٤ من قانون حقوق العائلة : « يلزم على المـرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها وفرق بينهما بالفسخ أو توفى عنهـا زوجها **وهى حامل** ان تعتد **لحين وضع حملها** .. واذا اسقطت فان كان مستبين الخلقة فهو كالحمل والا فلا تنقضي عدتها به بل تجرى المعاملة وفقا للاحكام المحررة في المـواد السابقة . وحكم هذه الفقرات جار ايضا بحق المرأة المنكوحة بعقد فاسد اذا فرق بينهما أو توفى عنها زوجها وهى حامل » .

٣٤٣ - واما العدة بالأقراء فهى تـكون لمن وقعت بينها وبين زوجهـا الفرقة بغير الوفاة لقوله تعالى « والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن » .

ومعنى **القرء** في مذهب ابى حنيفة واحمد هو **الحيضة** . وفي مذهب مالك والشافعى هو **الطهر** .

والعدة بالقروء تكون لمن ترى الحيض فعلا فلا تكون للصغيرة التى لم تر الحيض ولا للكبيرة التى بلغت بالسن ولم تر الحيض مطلقا ولا للآيسة التى انقطع حيضها وبلغت سن اليأس .

ومقدار العدة بالحيض ثلاث حيضات كاملات فلا يحتسب بعض الحيضة حيضة .

وفيما تقدم تقول المادة ١٣٩ من قانون حقوق العائلة : « مدة العدة ثلاث حيضات كاملات للمرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ والتفريق بعد الاجتماع ولم تكن حاملا أو بالغة سن اليأس ... » .

٣٤٤ ـ واما العدة بالاشهر : فهى قسمان : قسم قائم مقام القرء . وقسم ثبت بالاصل :

١ ـ **اما العدة بالاشهر** التى قامت مقام القرء فهى لمن لا يرين الحيض اذا كانت الفرقة بينهن وازواجهن بغير الوفاة وهؤلاء هن اللائى لم يرين الحيض قط واللائى يئسن من المحيض اى بلغن سن اليأس ولا يرين الدم . وذلك لقوله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائى لم يحضن » . والآيسة هى التى بلغت خمسا وخمسين سنة .

وقال بعض الفقهاء ان مثل المذكورات من رأت الدم ولكن كان نزوله مستمرا وتسمى هذ **بالمستحاضة** ان لم تكن تعلم اوقات حيضها من الشهر بان كانت في العشر الاولى أو الثانية أو الثالثة وهكذا ... ، فان كانت تعلم ايام عادتها كانت عدتها بالحيض وان كانت لا تعلم ذلك أو كانت عادتها غير منتظمة فان عدتها تكون ثلاثة اشهر .

وقد قالت المادة ١٤١ من قانون حقوق العائلة : « مدة عدة المرأة المنكوحة بعقد صحيح اذا طلقها زوجها أو فرق بينهما بالفسخ بعد الاجتماع وكانت **بالغة سن اليأس هى ثلاثة اشهر** » .

٢ — واما العدة بالاشهر التى ثبتت اصلا فهى عدة الوفاة ان لم تكن المتوفي عنها زوجها حاملا وهى اربعة اشهر وعشرة ايام لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا » ٠

وقد قالت المادة ١٤٣ من قانون حقوق العائلة : « يلزم على المرأة المتوفى عنها زوجها والمنكوحة بنكاح صحيح ما عدا الحامل ان تعتد اربعة اشهر وعشرة ايام سواء حصل الاجتماع ام لا » ٠

ملحوظة : العدة بالاشهر بنوعيها تكون بالشهور القمرية ان كان ابتداء العدة قد صادف اول الشهر ٠

وان كان ابتداء العدة خلال الشهر فان العدة تحتسب بالايام اى يعتبر كل شهر ثلاثين يوما ٠ وقال محمد وابو يوسف في قوله الاخير ان الشهر الاول يكمل بالايام من الشهر الاخير والباقى بالاهلة لان التقدير بنص القرآن الكريم بالأشهر ٠

انتقال العــدة

٣٤٥ — تغير العدة من نوع الى نوع قسمان :

١ — فقد تنتقل العدة من التقدير بالاشهر الى التقدير بالحيض ٠

٢ — وقد تنتقل من الحيض الى الاشهر ٠

وفيما يلى نتكلم عن كل فرض من هذين الفرضين :

٣٤٦ — التحول من الاشهر الى الحيض :

يكون هذا في حالـين :

(أ) فقد تكون العدة بالاشهر لمطلقة لم تر الدم اصلا اما لكونهــا صغيرة أو لانها بلغت بالسن ولم تر الحيض ٠ فاذا رأت هذه الدم قبل ان تنقضي عدتها بانتهاء الاشهر الثلاثة فانها تستأنف العدة من جديد وتعتد بالحيض وذلك لان العدة انما كانت بالاشهر بدلا عن الحيض فاذا امكن الاصل فان اعتبار البدل يزول ٠

(ب) وقد تكون العدة بالاشهر لمن يئست من المحيض فاذا بدأت عدتها بالأشهر وقبل ان تنتهي الشهور الثلاثة رات الدم فهي هنا ايضا تستأنف العدة من جديد بالحيض وذلك لانه برؤيتها الدم تبين ان تقدير اليأس لم يكن صحيحا فضلا عن التعلل الذى في الفرض السابق ٠

٣٤٧ ـ التحول من الحيض الى الاشهر :

يكون هذا في حالين ايضا :

(ا) حال المطلقه اذا توفى زوجها حال العدة فان كانت مطلقة رجعيا ولم تكن حاملا فهي في الاصل تبتدىء العدة بالاقراء فاذا توفى زوجها تحولت عدتها الى عدة وفاة سواء اكان طلاقها في حال مرض الموت ام لم يكن وتستأنفها من جديد وذلك لان المطلقة رجعيا تعتبر زوجه وتسري في حقها آية : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن اربعة أشهر وعشرا » ٠

واذا كان الطلاق بائنا فلا تتحول العدة اذا لم يعتبر فارا بهذا الطلاق بل تستمر بالاقراء أو بثلاثة اشهر كما كانت قبل الوفاة ٠

واذا اعتبر فارا ومات في عدتها وورثت منه فهى تعتد بابعد الاجلين : عدة الوفاة او الاقراء ، اى انها تعتد عدة وفاة لابد ان تكون فيها نهاية ثلاثة الاقراء فان لم تنته فيها امتدت بعدها ٠ والسبب ان الطلاق بائن فيكون قد مات عنها والزوجية ليست قائمة ومقتضي هذا كون العدة بالاقراء فقط ولكن لانها ورثت وجب اعتبار الزوجية قائمة لانها سبب اذ هى سبب الميراث فكان من العمل بالاعتبارين جعل عدتها بابعد الاجلين وهذا هو قول ابى حنيفة ومحمد ٠

اما ابو يوسف فقد قال انها تعتد عدة الطلاق فقط لان الزوجية قد انقطعت وثبوت الميراث كان للضرورة ليرد عليه قصده حرمانها منه وهذا لا يقتضي اعتبار الزوجية قائمة بالنسبة لغير ذلك من الاحكام ٠

وقد نصت المـادة ١٤٧ من قانون حقوق العائلة على انه : « اذا توفى زوج المعتدة بالطلاق الرجعى تسقط عدة الطلاق ويلزم الاعتداد بعـدة الوفاة من جديد ٠ ولا تلزم في الطلاق البائن بل تكمل عدة الطلاق » ٠

وظاهر من هذا النص انه تقنين للفقه في المسأله ٠ ويقيـد عمومه بالنسبة للطلاق البائن انه اخذ بقول ابى يوسف في حالة الفرار من الميراث ٠

(ب) وحال المعتدة من طلاق اذا اعتدت بالاقراء ثم لم تر الدم فهى ان يئست من المحيض بان بلغت سن الياس تستأنف العدة من جديد وتعتد بالاشهر اذ قد تعذر الاعتداد بالاصل او صارت في حال يأس وبلغت سن الياس فتعتد بما يقوم مقام الاصل وهو الاشهر ٠

وفى ذلك تقول المـادة ١٤٠ من قانون حقوق العائلة : « اذا لم تر المعتدة الحيض أصلا خلال المدة المذكورة (يعنى مدة الثلاث حيضات) أو رأت حيضـة أو حيضتين ثم انقطع الحيض فان كانت بلغت سن اليأس تعتد بثلاثة اشـهر من تاريخ وصولها وان لم تكن بلغت فتعتد بتسعة اشهر اعتبارا من زمن لزوم العـدة » ٠

ويلاحظ ان ما جاء في عجز هذه المـادة بالنسبة لمن لم تكن بلغـت سـن اليأس وتدعى انها لم تر الدم اصلا أو رأت حيضة أو حيضتين فقط من انهـا تعتد بتسعة اشهر اعتبارا من زمن لزوم العـدة ـ يعتبر حلا عـادلا ٠

وقد نصت المـادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ السارى في مصر على انه : « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمـدة تزيد على سـنة من تاريخ الطـلاق ٠ كما لا تسمع عندالانكار دعوى الارث بسبب الزوجية لمطلقة توفى زوجها بعـد سنة من تاريخ الطلاق » ٠ ويستفاد من هذا النص ان التقدير بسنة انما يكون من احكام القضاء عند النزاع في النفقة وهذا يمنع سماع الدعـوى ولا تنتهى به العدة وعلى ذلك فامر انقضاء العدة وعدمه وحل تزوج المعتدة من زوج آخر امر متروك لدينها ٠

٣٤٨ - كيف يعرف انتهاء العدة :

اذا كانت المعتدة حاملا فانتهاء العدة بوضع الحمل ٠

واذا كانت غير حامل ومعتدة من وفاة فالعدة تنتهى بمضي اربعه اشهر وعشرة ايام ٠

وان كانت معتدة من طلاق وعدتها بالاشهر فتنتهى بانتهاء ثلاثة أشهر ٠

واذا كانت العدة بالاقراء فمعرفة انتهاء العدة يكون باخبارها في مدة تحتمل انقضاء العدة ٠ واقل مدة تصدق فيها بانقضاء العدة هى ستون يوما لدى ابى حنيفة وتسعة وثلاثون يوما عند الصاحبين ٠

٣٤٩ - وقد حكم بأن كلمة حمل اسم لنطفة متغيرة فاذا كانت مضغة أو علقة ولم تتغير ولم تصر لحما فلا تكون حملا ٠ وان العدة تنقضي بوضع الحمل المستبين بعد خلقه متى مضي على الحمل أربعة أشهر من وقت العلوق ٠

ومما جاء في الحكم ان الجنين يمكث نطفة ماء أربعين يوما ثم علقة كذلك ثم مضغة كذلك ، فكلمة حمل في الشرع اسم لنطفة متغيرة ٠ فاذا كان نطفة أو علقة ولم ينغير ولم يصبح لحما فلا يكون حملا ٠ واذا كان ما ولدته قطعة لحم فهو حمل لأن النطفة لاتصير لحما قبل أربعة أشهر ٠ والنص الشرعى يقضي بانقضاء العدة بوضع الحمل ولو كان مستبينا بعض خلقه متى مضي على مبدأ الحمل مدة أربعة أشهر من وقت العلوق كما نص على ذلك الجزء الأول من الفتاوى الهندية ص ٣٣١ والجزء الثانى من الدر المختار في رد المحتار ص ٦٢٠ (١) ٠

وحكم بان العدة تنقضي بوضع الحمل اذا استبان بعض خلقه على الأقل ليعلم أنه انسان بيقين (٢) ٠

---

(١) محكمة العياط الشرعية في ١٩٢٨/١٢/٢٦ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ٣ ص ٢١٢ رقم ٦٥ ٠

(٢) محكمة اسنا الشرعية في ١٩٣٨/٤/١٦ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٦ ص ٥٤٨ رقم ١١٠ ٠

وحكم بأنه اذا تبثت ولادة المطلقة رجعيا أو بائنا لأقل من سنتين من تاريخ الطلاق وهي مكلفة ولم تقر قبل ذلك بانقضاء عدتها اعتبرت الولادة نهاية لعدتها ولا حق لها في النفقة من تاريخ ولادتها وتبرأ منها ذمة مطلقها (١) ٠

وبأن شهادة الميلاد من الأوراق الرسمية التى لا يطعن عليها الا بالتزوير فتعتبر دليلا على انقضاء العدة من تاريخ الولادة ولاتقبل الطعن عليها بأن الولادة لم تقيد في تاريخها بعد تقرير المدعى عليه عدم طعنه بالتزوير (٢) ٠

وحكم بأن الحكمة في وجوب العدة على المطلقة هي اظهار حرمة النكاح لا تحقق براءة الرحم لأنها تتحقق بمجرد ظهور الحيض مرة واحدة ٠ فلا تعتبر المطلقة بتقرير الطبيب الشرعي خلوها من الحمل في حكم المقرة بانقضاء عدتها تقييدا بالنص الوارد في كتاب الله في عدة المطلقة (٣) ٠

وبأن المطلق اذا دفع نفقة العدة لمطلقته مختارا بعد رفض دعواها نهائيا فلا حق له بعد ذلك فى طلب ردها استنادا الى الحكم برفض الدعوى لأن صنيعه السابق يعتبر اقرارا منه باستحقاق مطلقته لما دفعه أولا (٤) ٠

وبأن اقرار وكيل الزوجة في العقد وقبض المهر بانقضاء عدتها معتبر وملزم لها لصدوره ممن يمثلها لأن التوكيل في العقد توكيل فيما يلزم له من الأقارير فتعتبر الزوجة به منقضية العدة من تاريخ العقد عليها ويسقط حكم النفقة المترتب من تاريخ العقد (٥) ٠

---

(١) محكمة الجمالية الشرعية في ١٩٣٤/٢/٢٦ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٢٩ رقم ٦٢ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٢) محكمة منوف الشرعية في ١٩٣٧/٢/١٦ المحاماة الشرعية س ٨ ع/ ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٣٤ رقم ٦٥ ٠ وقد تأيد في الاستئناف ٠

(٣) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٦/١٢/٣ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٤٧ رقم ٤٧ ٠

(٤) محكمة طنطا الشرعية فى ١٩٣١/١/١٢ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٧٩ رقم ٦٠ وقد تأيد استئنافيا ٠

(٥) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية فى ٣٥/١٢/٣ المحاماة الشرعية =

وحكم بانه لا يقبل من الزوجه ادعاء عدم علمها بالطلاق للوصول الى حكم بالنفقة متى صدر باشهاد رسمي (لا يتوجه عليه سوى الطعن بالتزوير ولم تفعل) واشتهر بين الناس ولم يكتمه عنها وكانت العدة من تاريخه قد انقضت . ومعنى ذلك انه يكفى لاشهار الطلاق ان تعلم اثنان به ومتى مضي عليه سنة فلا تستحق الزوجة نفقة بعدها . وقد جاء في الحكم انه نص في الفقه على ان من اقر بطلاق امراته ولم يكتمه واشتهر بين الناس وجبت العدة من حين وقوعه وقالوا ان الاشتهار يكون باقراره بين الناس ، ويكفى اقراره عند رجلين ولا يلزم الاقرار عند أكثر(١) .

وحكم بان ما استولت عليه المطلقة بعد انقضاء عدتها (الثابت بقرينه الاقدام على النكاح وسبق الاقرار بحصول الطلاق) يلتقى قصاصا مع دين مؤخر الصداق لتساوى الدينين فى القوة ولأن من استولى على مال الغير بغير حق وجب عليه رده (٢) .

٣٥٠ - وقد حكم بان انقضاء العدة بالحيض من مواضع الخفاء بالنسبه للمطلق فيغتفر فيه التناقض بخلاف المطلقة . وأن التناقض يمنع من سماع الدعوى سواء كان من واحد أو من اثنين فى حكم الواحد كالوارث والمورث . وأن الاقرار لايتجزا ، واذا أخذ القضاء بأحد جزئى الاقرار ترجح الأخذ بباقيه حذرا من تجزئته طبقا للمادة ١٢٦ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وهى تنص على أن الاقرار لا يتجزأ (٣) .

= س /٧ ع/ ٧ ، ٨ ص ٦٨٠ رقم ١٧١ . وفي الحكم توكيل المستانف عليها لوالدها في العقد وشرط المهر وقبضه واستلام الوثيقة يتضمن الاعتراف بانقضاء العدة اذ لو كانت في العدة لما لزم لعودتها الى زوجها عقد ومهر جديدان .

(١) محكمة المنصورة الشرعية في ٣٦/٤/٢٩ المحاماة الشرعية س ٨ ع ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٢٣ رقم ٧٦ . ولم يستانف الحكم فصار نهائيا .

(٢) محكمة بنى سويف الابتدائية الشرعية في ٣٧/٧/١٨ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ص ٢٥٨ رقم ٢

(٣) محكمة المحلة الكبرى الشرعية في ١٩٣١/١/١٠ المحاماة الشرعبة س/ ٣ ع / ٩ ، ١٠ ، ص ٩٠٣ رقم ٢٨٨ . لم يستأنف .

ما يتعلق بالعدة من حقوق واحكام

٣٥١ ـ مما يتعلق بالعدة من الحقوق والاحكام :

اولا : اذا توفى احد الزوجين حال العدة من طلاق رجعى فان الاخر يرثه وليس ذلك في الطلاق البائن الا ان يكون الذى مات فارا من الميراث ٠

ثانيا : اذا اتت المعتدة بولد خلال العدة يثبت نسبه من المطلق على الوجه وبالشروط التى محل الكلام عنها ثبوت النسب ٠

ثالثا : لا يصح للمطلق ان يتزوج من محرم للمطلقة حال العدة كما لا يصح ان يتزوج خامسة وهى في العدة ٠

رابعا : والمعتدة تلزم منزل الزوجية ولا تخرج منه وسند ذلك قوله تعالى: « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة » وهذا اذا كانت معتدة من فرقة في الحياة من زواج صحيح ٠

اما اذا كانت العدة من دخول في زواج فاسد فانها تخرج من بيت من اعتدت منه لانه لم يكن له عليها من حق ٠

٣٥٢ ـ وقد حكم بأن :

١ ـ اعتداد المطلقة في المسكن الذى كان مضافا الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية حق لاشرع فلا يجوز العدول عنه الا لعذر ٠

٢ ـ وان الأعذار المبيحة للاعتداد في غير المسكن المذكور لم يذكرها الفقهاء على سبيل الحصر ولكن ليتعرف منها مقدرا الضرورة المبيحة للاعتداد في غير هذا المنزل ٠

٣ ـ وانه اذا كان مسكن العدة مشغولا بسكنى اناس أخرين مستأجرين له جاز للمطلقة الاعتداد في سواه ٠

٤ ـ وان حق الشرع اذا لم يمكن بذاته وأمكن بدله مما هو مساو له في القيمة يجب المصير الى البدل ٠

٥ ـ وانه اذا تعذر الاعتداد في مسكن العدة ولم يدع المطلق مطلقته الى الاعتداد في سواه يكون ملزما بأجرة مسكن تعتد فيه (١) ٠

وحكم أيضا بأن :

١ ـ المنصوص عليه شرعا أن المطلقة يجب عليها أن تعتد في البيت المضاف الى الزوجين بالسكنى حال قيام الزوجية ٠ فان طلقت وهى بعيدة عنه عادت اليه فورا ولا تخرج منه الا بعذر ٠

٢ ـ وليس من الأعذار التى تبيح خروج المطلقة من بيت الزوجية شغل المسكن بسكنى غيرها متى كان مملوكا لمطلقها ٠

٣ ـ ولا يجاب المطلق الى طلب اعادة المطلقة الى مسكن العدة اذا ظهر انه يقصد بدعواه الكيد والاضرار ٠

٤ ـ وتكذيب المدعى لشهوده تفسيقا مانع من قبول الشهادة شرعا ٠

٥ ـ والحكمة في ضروره اعتداد المطلقة بمنزل الزوجية الذى كانت تقيم فيه وقت الطلاق حملها على تذكر نعمة الزوجية وعدم نسيانها فيجب عليها الاعتداد فيه والعوده اليه ان طلقت وهى بعيدة عنه ، ولا تخرج منه الا لعذر شرعى ٠

٦ ـ شغل المسكن الذى كان مضافا الى الزوجين وقت الطلاق المملوك للمطلق لا يمنع المطلقة من الاعتداد به فان لم يسع سكناها أو كان المطلق فاسقا (في الطلاق البائن) فخروجها منه أولى (٢) ٠

---

(١) محكمة سنورس الشرعية في ١٩٣١/١٢/٥ المحاماة الشرعية س / ٤ ص ٦٤ رقم ١٩ ـ لم يستأنف فصار نهائيا ٠

(٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٦/٢٠ المحاماة الشرعية س / ١ ع / ١ ص ٥٩ رقم ١٢ وهو حكم استئنافى ٠

وحكم أيضا بأنه : ١ - يمكن طالب معتدة طلاقه البائن لاعتدادها في مسكنه لفساد الزمن . ٢ - واذا كان بين مكان المطلقة وبين بلدة مسكن العدة أكثر من مسافة القصر وطلقها وهي في الطريق قبل غايته (وبالأولى اذا كانت قد وصلت الى القصد) فلا تلزم بالعود لمسكن العدة لانها تكون منشئة سفرا في العدة وذلك غير جائز حتى ولو كان معها محرم (١) .

٣٥٣ - خامسا : يجب على المعتدة من وفاة الحداد على زوجها المتوفى حال العدة بالا تتزين وهذا محل اتفاق . اما في المعتدة من طلاق بائن فقد قال الحنفية بالحداد ايضا خلافا للشافعية .

سادسا : المطلقة حال العدة لا تحل لزوج اجنبى على ما بينا عند الكلام عن المحرمات . كما انه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ان لم تكن معتدة من وفاة أما اذا كانت معتدة من وفاة فتجوز خطبتها تعريضا لاتصريحا .

٣٥٤ - نفقة المعتدة :

تجب نفقة العدة (٢) اذا كانت الفرقة من زواج صحيح وكانت بطلاق من الزوج أو من القاضي بسبب من الزوج ، او كانت الفرقة فسخا وكان الفسخ من قبل الزوج أو كان من قبل الزوجة ولكن لا معصية فيه كان تختار نفسها بخيار الافاقة بعد الدخول بها .

---

(١) محكمة كرموز الشرعية في ١٩٣٢/٦/٢٥ المحاماة الشرعية س / ٦ ع / ٦ ، ٧ ، ٨ ص ٧٤٦ رقم ٢٠٠ . وقد صار نهائياً .

(٢) اذا انقضت العدة فلا نفقة . وقد حكم بأنه اذا صدر حكم بتقرير نفقة عدة لمطلقة ثم اعترفت بعده في قضية أخرى بما يفيد انقضاء عدتهافللمحكوم عليه (مطلقها) ان يتمسك به في دعوى اسقاط تلك النفقة . ولا يمنعه من ذلك عدم دفعه به وقت الفرض لأنه لا يعلمه - وهو مما تستأثر المطلقة بعلمه - فهو معذور (الجمالية الشرعية في ١٩٢٨/٢/٢٠ مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى رقم ٩٢ ع / ٤ ص ٣١٥) .
=

ولا تجب النفقة في احوال ثلاثة :

١ ـ اذا كانت العدة من دخول فاسد أو من وطء بشبهة .

٢ ـ اذا كانت معتدة من وفاة لان النفقة تجب على الزوج وقد مات الزوج فلا يكون هناك من تجب عليه النفقة .

٣ ـ اذا كانت الفرقة بسبب فسخ كان بمعصية الزوجة .

٣٥٥ ـ وقد نصت المادة ١٥٠ من قانون حقوق العائلة على انه : « تلزم نفقه المعتدة على زوجها » .

وقالت المادة ١٥١ : « لاتلزم نفقة العده للمراة المطلقه اذا كانت ناشزة » .

وقالت المادة ١٥٢ : « لا تلزم نفقة العدة للمرأة التى توفى زوجها سواء كانت حاملا ام لا » .

ثم قالت بعد ذلك المادة ١٥٣ : « اذا انقضت مدة العدة بدون تقدير نفقه لها قضاء أو رضاء تسقط النفقة » .

وقالت المادة ١٥٤ : « لا يسقط المقدار المتراكم من النفقة المقدرة بوفاة احد الزوجين » .

٣٥٦ ـ والحكم الوارد في المادة ١٥٣ المذكورة في الصلب يخالف ما عليه العمل في جمهورية مصر العربية اذ تقول المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ : « المطلقة التى تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا كما في المادة السابقة من تاريخ الطلاق » . والمادة المشار اليها هى المادة الأولى من القانون المذكور ونصها : « تعتبر نفقة الزوجة التى سلمت نفسها

= ومما جاء في الحكم ان المرأة اعترفت في قضية أخرى بأنها ليست من ذوات الحيض طول حياتها ولم تدع حملا فعدتها ثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق ، ولم يكن المطلق يعلم بذلك قبل صدور الحكم بالنفقة .

لزوجها ولو حكما دينا في ذمته وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه **بلا توقف على قضاء أو تراض منهما** ولا يسقط دينها الا بالاداء أو الابراء » ٠

٣٥٧ - وقد حكم بأن اقرار الزوج بالطلاق مسندا الى تاريخ سابق لا يعتبر انشاء لطلاق جديد ٠ وان الزوجة اذا صدقته في الاسناد اعتبر ذلك في حقها لا في حق الله فتعامل به بالنسبة لنفقتها فقط وان كذبته في الاسناد فعدتها من وقت الاقرار ٠ وانه اذا وجد من المقر بالطلاق الرجعى المسند ألى تاريخ سابق مايدل على الرجعة عومل به واعتبرت الزوجية قائمة فلا يقبل منه طلب كفها عن المطالبة بالمفروض (١) ٠

وحكم بأنه يقبل ادعاء المطلق الخطأ في الاقرار اذا دفعت المطلقة دعوأه منع تعرضها بالمفروض بانقضاء العدة بأنه أقر بمراجعتها قولا وفعلا ٠ وأن الرجعة من حقوق الله تعالى لا يمنع المحكمة من السير في دعواها ترك مدعيها الدعوى الا اذا تبين لها كذبها (٢) ٠

وبأن كل خلوة يمكن معها الوطء حقيقة ولكن المنع كان لحق الشرع كالصوم والاحرام والحيض ، توجب العدة ٠ وكل خلوة لا يمكن معها الوطء كالمرض المدنف والمصغر لا توجب العدة ٠

ومما جاء في الحكم عن جامع الفصولين ج / ١ ص ١٩٤ قوله : خلوة المجبوب والعنين توجب العدة لأنه يتمكن من الوطء بالسحق وغيره ٠ والخلوة بالرتقاء توجب العدة لأنه يتمكن من الوطء بالفتق (٣) ٠

---

(١) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٥/٢٠ المحاماة الشرعية س / ٩ ع / ٤ ص ٣٤٢ رقم ٦٨ ٠ ومن مراجع الحكم : المبسوط ج ١٨ ص ١٤٥ - ابن عابدين في العدة - الفتح في العدة ٠

(٢) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ٦/٢٠/ ١٩٣٧ س / ٩ ع / ٨ ص ٧٢٢ رقم ١٤٦ ٠

(٣) محكمة الجمالية الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية ،١٩٣٤/٤/٢٦ س / ٩ ع / ٨ ص ٧٣٦ رقم ١٥٠ وتأيد بالاستئناف ٠

وبأن الاقرار حجة على المقر فمن أقر بطلاق زوجته رجعيا بتاريخ سابق اقرارا ثابتا بورقة رسمية عومل باقراره من تاريخ تلك الورقة . وان الرجعة تصح بالقول وبالفعل وبالدلالة في أثناء العدة وتبطل بها العدة ولايفرض لها نفقة عدة .

ومن مراجع الحكم : ابن عابدين جـ / ٢ ص ٥٤٣ ، ٥٤٤ ـ والجزء / ١ ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ من مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (١) .

وحكم بأنه اذا صالح المطلق مطلقته على نفقة العدة وكانت العدة بالأشهر صح الصلح خلافا لما اذا كانت بالحيض فانه لايصح للجهالة . وأنه اذا صدر العقد باطلا فلا يراعى فيه شرط الالتزام الذى اشتمل عليه .

ومن مراجع الحكم : ابن عابدين جـ / ٢ ص ٦٨٨ ـ والمادتان ١٧ ، ١٨ قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٢) .

وحكم بأن التزوج بالحامل من الغير من قبيل النكاح الفاسد ولانفقة في النكاح الفاسد وان العدة في النكاح الفاسد تبتدىء من وقت المتاركة أو من وقت التفريق . والوطء بعد علمه بحرمتها عليه ومتاركته لها يكون زنى ولا عدة على الحامل من الزنى (٣) .

---

(١) محكمة فوة الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ١٩٣٨/٢/٦ س / ٩ ع / ٨ ص ٧٤٠ رقم ١٥٢ .

(٢) محكمة بني سويف الابتدائية الشرعية المحاماة الشرعية في ١٨/٥/ ١٩٣٨ س / ٩ ع / ٧ ص ٦٢٧ رقم ١٢٥ .

(٣) محكمة الضواحى الابتدائية الشرعية المحاماه الشرعية في ١٩٣٨/٨/٢ س / ١٠ ع / ٣ ص ٢٦٠ رقم ٦٨ . وفي الحكم كذلك أن طلاق الحائل التى من ذوات الحيض طلاقا رجعيا ثم طلاقها بائنا على الابراء من مؤخر الصداق ونفقة العدة يقتضي أن الزوج قد راجعها بعد الطلاق الأول وهى في العدة واعادها الى عصمته اذ أنه لو تركها بدون مراجعة في انقضاء عدتها وبانت منه لملكت نفسها بعد البينونة ولما كان هناك من داع يلجئها الى افتداء نفسها منه حين الطلاق الثانى .

٣٥٨ ـ وقد حكم بأنه يحكم للمعتدة بأجرة المسكن من تاريخ طلاقها (١) ٠

وبأن تعجيل ما يدفع نفقة للعدة لصاحب العادة لا يمنع من تقرير نفقة تفرض لها على أن يحتسب منها ما صار تعجيله (٢) ٠

وبأن وفاة المعتدة لا تمنع من فرض النفقة لها الى تاريخ وفاتها وأمر مطلقها بأداء ما يفرض الى ورثتها الذين حلوا محلها (٣) ٠

وبأن المطلقة اذا تزوجت ثم قالت كنت معتدة لاتصدق اذا كان بين الطلاق والزواج شهران فصاعدا ٠ وأن الاقدام على النكاح اعتراف بانقضاء العدة يبطل به فرض النفقة التى كان سببها الزوجية السابقة (٤) ٠

وبأن نفقة العدة المفروضة اذا حصل التنازل عنها باقرار كتابى يكون من أدلة صحة صدوره استلام المقرة مؤخر صداقها الا اذا كانت قد تنازلت عن الحكم الصادر بنفقة عدتها خصوصا اذا كان قد تكرر طلبها تأجيل القضية لابداء ملاحظاتها على ورقة الاقرار المذكور ولم تبادر الى انكار توقيعها عليه (٥) ٠

وبأنه مادام المحكوم عليه بنفقة العدة لا ينازع في كون مطلقته في العدة في المدة التى استولت على نفقتها فيما بعد مضي السنة من طريق تنفيذها

---

(١) محكمة الخليفة الشرعية في ١٩٣١/١١/٧ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٩ ، ١٠ رقم ٢٨٢ ص ٨٩٥ ٠

(٢) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/١٢/١٤ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٧ رقم ٢٠٠ ص ٦٤٥ ٠

(٣) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٢٥/٦/١ المحاماة الشرعية س / ٢ ع / ٥ رقم ٥٣ ص ٤٥٢ ٠

(٤) محكمة شبين القناطر الشرعية في ١٩٣١/٣/٣٠ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ٧ رقم ٢٠٧ ص ٦٦٢ ٠

(٥) محكمة مصر الابتدائية الشرعية في ١٩٣١/٩/٢٣ المحاماة الشرعية س / ٣ ع / ١ رقم ١٤ ص ٧٤ ٠

الحكم الصادر بها فلا يجاب لطلب استرداد ما استولت عليه من ذلك بطريق التنفيذ لان النفقة صلة لا تسترد اذا اتصل بها القبض (١) ٠

ومما جاء في الحكم قوله : قررت انها في العدة ولم ينازع وكيل المدعى في ذلك ونفقة العدة واجبة شرعا على المطلق ومنع سماع دعوى نفقة العدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بالمادة ١٧ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ليس معناه انقضاء العدة بمضي السنة ولا ان المعتدة لا تستحق النفقة مادامت في العدة وان طالت لأكثر من سنة ولكنه نهى للقضاة عن سماع هذه الدعوى من قبيل تخصيص القضاء مع عدم سقوط الحق في النفقة مادامت في العدة كالمنع من سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فانه لايدل على سقوط الحق بتقادم الزمان ٠ ولا يفيد المدعى قوله ان الدفع كان بطريق الحجز فقد كان يستطيع ان يستشكل في التنفيذ وان يرفع الأمر للقضاء ليقف تنفيذ حكم النفقة فيما زاد عن سنة من تاريخ الطلاق طبقا لنص المادة ١٩ من القانون المذكور ولكنه لم يفعل ٠ وقد نصوا على أن النفقة صلة لا تسترد اذا اتصل بها القبض كالهبة ٠

وحكم بأنه اذا اعترفت المعتدة بأن ليس لها حق شرعى قبل المطلق منعها ذلك من مطالبته بشيء من حقوق الزوجية التى منها نفقة العدة (٢) ٠

٣٥٩ ـ وحكم بأن نفقة العدة واجبة على الزوج ومنها أجرة المسكن فلا يجوز دفعها بعدم جواز الحكم بأجرة مسكن لأن الزوجة تملك مسكنا (٣) ٠

---

(١) محكمة بنى سويف الشرعية في ١٩٣٤/٥/٣ المحاماة الشرعية س/٥ ع / ٧ ، ٨ ص ٧٨٣ رقم ٢١٤ ولم يستأنف الحكم فصار نهائيا ٠

(٢) محكمة السيدة الشرعية في ١٩٣١/١٢/٢٧ المحاماة الشرعية س/٥ ع/ ٣ ، ٤ ص ٣٥٧ رقم ١٠٥ وقد تأيد الحكم في الاستئناف ٠

(٣) محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية في ١٩٣٧/٣/٧ المحاماة الشرعية س / ٨ ع / ٤ ، ٥ ، ٦ ص ٢٠٥ رقم ٥٠ ٠

المراجع المهمة

أولا في الفقه الاسلامى

---

١ ـ الفقه الحنفى

١ ـ الاختيار شرح المختار ، المسمى بالاختيار لتعليل المختار : كلاهما تاليف عبد الله بن محمود بن مودود بن محمـود الموصلـى الحنفى ـ المتوفى سنة ٦٨٣ هـ ٠ طبعة الحلبى سـنة ١٣٥٥ هـ ٠ سنة ١٩٣٦ م ٠

٢ ـ الأشباه والنظائر : لابن نجيم المصرى ـ المتوفى سنة ٦٧٠ هـ طبع بولاق سنة ١٢٩٨ هـ ، والمطبعة الحسينية بالقاهرة ، سنة ١٣٢٢ هـ ٠

٣ ـ البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، وهو شرح للعلامة زين العابدين بن ابراهيم المعروف ابن نجيم المصرى الحنفى ـ المتوفي سنة ٩٧٠ هـ ٠ ، على كنز الدقائق ـ للنسفى ٠ طبعة المطبعة العلمية بالقاهرة سنة ١٣١١ هـ ٠ وعلى هامشه : منحة الخالق ، على البحر الرائق ، وهى حواش عليـه لابن عابدين وكذلك كنز الدقائق ـ للنسفى ٠

٤ ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : للكاسانى ـ المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ٠ طبع المطبعة الجمالية بالقاهرة سـنة ١٣٢٨ هـ ٠

٥ ـ تبيين الحقائق : للزيلعى ، المتوفى سـنة ٧٤٣ هـ ٠ وهو شرح على كنز الدقائق للنسفى ٠ طبع بولاق سنة ١٣١٣ هـ ، سنة ١٣١٤ هـ ، سنة ١٣١٥ هـ ٠

٦ ـ جامع الفصولين : لابن قاضي سماوة ـ المتوفى سـنة ٨١٨ هـ ٠ طبع المطبعة الأزهرية بالقاهرة سنة ١٣٠٠ هـ ٠

٧ ـ الجامع الوجيز المعروف بالفتاوى البزازية : تأليف محمد الكردرى الخوارزمى المشهور بالبرازى ـ المتوفي سنة ٨٢٧ هـ ٠ طبع أوربـا سـنة ١٣٠٨ هـ ٠

٨ ـ الجوهرة النيرة ، شرح العلامة أبى بكر محمد العبادى اليمنى ، المتوفى سنة ٨٠٠ هـ . طبع الاستانة سنة ١٣٠١ هـ .

٩ ـ حاشية سعد الله بن عيسي المفتى ، الشهير بسعدى جلبى وبسعدى افندى ـ المتوفى سنة ٩٤٥ هـ . على العناية شرح الهداية للبابرتى . مطبوع على هامش شرح فتح القدير .

١٠ـ حاشية الشلبى على شرح الزيلعى على كنز الدقائق : وهو فقيه مصرى توفى حوالى سنة ١٠٠٠ هـ . مطبوعة على هامش تبيين الحقائق للزيلعى .

١١ـ الدر المختار ، في شرح تنوير الابصار . تأليف الحصكفى ـ المتوفى سنة ١٠٨٨ هـ . طبع الآستانة سنة ١٢٧٧ هـ . وهو مطبوع أيضا على هامش رد المحتار على الدر المختار .

١٢ـ رد المحتار ، على الدر المختار ، شرح تنوير الابصار لابن عابدين ـ المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ . وهى حاشية على الدر المختار ، شرح الحصكفى على تنوير الابصار للتمرتاشي طبع الآستانة سنة ١٢٩٤ هـ ، بولاق سنة ١٢٩٩ هـ ، ١٣٢٣ هـ ، والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٧ هـ .

١٣ـ رمز الحقائق على كنز الدقائق : للعينى ـ المتوفي سنة ٨٥٥ هـ . وهو شرح على كنز الدقائق للنسفى . طبع المطبعة اليمنيه بالقاهرة سنة ١٣٢٠ هـ .

١٤ـ شرح العناية على الهداية : للبابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ . مطبوعة على هامش شرح فتح القدير .

١٥ـ العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ـ تأليف العلامة السيد محمد أمين ابن عمر ، المشهور بابن عابدين ـ المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ . الطبعة الثانية سنة ١٣٠٠ هـ . بالمطبعة الأميرية ـ اختصر فيه الفتاوى الحامدية ، المسماة « مغنى المستغنى » لحامد أفندى العمادى ، طبع المطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣١٠ هـ : وعلى هامشها الفتاوى الخيرية .

١٦_ عدة أرباب الفتوى : للسيد عبد الله أسعد ، بترتيب ابى السعود محمد ابن على الشرواني مفتى المدنية ، من علماء القرن الرابع عشر الهجرى . طبع بولاق سنة ١٣٠٤ هـ .

١٧_ غنية ذوى الأحكام ، في بغية درر الحكام . وهى حاشية _ لابى الاخلاص الشيخ حسن بن عمار بن على بن يوسف ، المعروف بالشرنبلالى المصرى الحنفى _ المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ . على درر الحكام شرح غرر الأحكام _ الملاخسرو . مخطوط بالمطبعة الأزهرية بخط محمد الشحات ، سنة ١٢٦٩ . رقم (٥١٦) ٩١٢٣ .

١٨_ الفتاوى الأسعدية في فقه الحنفية : تاليف السيد أسعد المدنى الحسينى رتبها تلميذه الشيخ محمد بن مصطفى قنوى زادة . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ _ سنة ١٣٠٩ هـ .

١٩_ الفتاوى الأنقروية : تأليف الشيخ محمد بن الحسينى _ المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ طبع بولاق سنة ١٢٢١ هـ .

٢٠_ الفتاوى الخيرية لنفع البرية _ تأليف : العلامة خير الدين بن أحمد بن نور الدين على بن زين الدين بن عبد الوهاب الأيوبي ، المعروف بالعليمى _ المتوفى سنة ١٠٨١ هـ .

جمع جزءا منها ولده محيى الدين بن خير الدين الرملى _ المتوفى سنة ١٠٧١ هـ . واتمها الشيخ ابراهيم بن سليمان بن محمد الجنينى _ المتوفى سنة ١١٠٨ هـ . باذن شيخه خير الدين الرملى . طبع بولاق سنة ١٣٠٠ هـ .

٢١_ الفتاوى الرحيمية . في واقعات السادة الحنفية : تأليف الشيخ عبد الرحيم ابن أبى اللطف بن اسحاق بن محمد الحسينى القدسي الحنفى _ المتوفى سنة ١١٠٤ هـ . جمعها ولده السيد محمد بن عبد الرحيم .

مخطوط بالمكتبة الأزهرية . بخط الموصلى سنة ١٢٨٨ هـ . رقم (٢٠١١) رافعى ٢٦٨٥٠ .

٢٢- فتاوى قاضيخان : لقاضي خان الفرغاني - المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ٠ طبع مطبعة شاهين بالقاهرة سنة ١٢٨٢ هـ ٠

٢٣- الفتاوى الهندية ، وتسمى أيضا العالمكيرية : جمع جماعة من فضلاء الهند برياسة الشيخ نظام حوالى سنة ١٠٧٠ هـ طبع بولاق سنة ١٣١٠ هـ ، والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ، ١٣٣٨ هـ ٠

٢٤- فتح القدير : تأليف كمال الدين محمد السيواسي ثم السكندرى ، المشهور بابن الهمام - المتوفى سنة ٨٦١ هـ وهو شرح على الهداية للمرغينانى ، ومطبوع معها ببولاق سنة ١٣١٦ هـ ، ١٣١٨ ، وبالمطبعة اليمنية سنة ١٣١٩ هـ ، سنة ١٣٣٩ هـ ٠

٢٥- الكفاية : لجلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية شرح بداية المبتدى وهو مطبوع مع شرح فتح القدير ٠

٢٦- اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية : للشيخ نجم الدين الرملى ، وهى حاشية على جامع الفصولين ومطبوعة معه ٠

٢٧- اللباب في شرح الكتاب : للميدانى ٠ وهو شرح على مختصر القدورى ٠ طبع المطبعة الجمالية بالقاهرة سنة ١٣٣٠ هـ ، ومطبعة البابى الحلبى بمصر سنة ١٣٦٣ هـ - ١٩٤٤ م ٠ تحقيق وضبط وتعليق الشيخ محمد محيى الدين عبد الحميد من علماء الأزهر الشريف ٠

٢٨- المبسوط : لشمس الأئمة أبى بكر محمد السرخسي - اختلف فى تاريخ وفاته ، فقيل انه مات « فى حدود التسعين وأربعمائة » وقيل : « فى حدود خمسمائة » ، عن الفوائد البهية في تراجم الحنفية ص ١٥٨ ٠ وهو مختصر للكافى ، والكافى شرح لكتب محمد ٠ طبع مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ ٠

٢٩- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - تأليف : الشيخ عبد الرحمن بن محمد ابن سليمان ، المعروف بشيخى زاده وبالداماد - المتوفي سنة ١٠٧٨ هـ

طبع الآستانة سنة ١٣٢٨ هـ • وعلى هامشها در المنتقى في شرح الملتقى للحصكفى •

٣٠- مجموعة رسائل ابن عابدين - وهو العلامة السيد محمد أمين بن عمر ، المشهور بابن عابدين - المتوفي سنة ١٣٥٢ هـ • طبع الآستانة سنة ١٣٢٥ هـ •

٣١- مختصر القدورى : تأليف العلامة أبى الحسين أحمد البغدادى المعروف بالقدورى الحنفى - المتوفي سنة ٤٢٨ هـ • طبع الآستانة سنة ١٣٠٩ هـ ، والمطبعة اليمنية بالقاهرة سنة ١٣٢٤ هـ ، والمطبعة الجمالية بالقاهرة سنة ١٣٣١ هـ •

٣٢- الهداية شرح البداية : كلاهما للمرغينانى - المتوفي سنة ٥٩٣ هـ • طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ • سنة ١٣٢٧ هـ ، ومطبعة مصطفى البابى الحلبى بالقاهرة سنة ١٣٥٥ هـ •

٣٣- واقعات المفتين : لقدرى أفندى الحنفى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الاميرية ببولاق مصر سنة ١٢٠٠ هـ •

٢ - الفقه المالكى

٣٤- أوضح المسالك وأسهل المراقى الى سبك ابريز الشيخ عبد الباقى : للرهونى ، من علماء القرن الثالث عشر الهجرى • وهو حاشية على شرح الزرقانى على مختصر خليل • طبع بولاق سنة ١٣٠٦ هـ •

٣٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد • تأليف أبى الوليد محمد القرطبى الأندلسي المالكى المشهور (بابن رشد الحفيد) المولود سنة ٥٢٠ هـ ، والمتوفى سنة ٥٩٥ ، طبعة سنة ١٣٣٩ هـ بمطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر •

٣٦- بلغة السالك لأقرب المسالك ، وهى حاشية للشيخ أحمد بن محمد الصاوى المالكى - سنة ١٢٤١ هـ ، على الشرح الصغير ، لأقرب

المسالك ـ كلاهما للدردير طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٤٠ هـ ٠

٣٧ـ التاج والاكليل لمختصر الشيخ خليل : للعلامة أبى عبد الله محمد الغرناطى المشهور بالمواق وهو شرح مختصر خليل ، مطبوع على هامش مواهب الجليل ، طبع مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٩ هـ ٠

٣٨ـ حاشية أبى عبد الله محمد المعروف بكنون ، وهى على شرح الزرقانى على مختصر خليل ٠ ومطبوعة على هامش أوضح المسالك ٠

٣٩ـ حاشية الدسوقى : لمحمد الدسوقى المالكى ـ المتوفى سنة ١٢٣٠ هـ ٠ وهى على الشرح الكبير للدردير المسمى : « منح القدير » على مختصر خليل ٠ طبع المطبعة الأزهرية بالقاهرة سنة ١٣٠١ هـ ٠

٤٠ـ شرح الدردير ، على أقرب المسالك ، لمذهب الامام مالك : لأبى البركات الدردير العدوى المالكى ٠ الأزهرى ـ المتوفى سنة ١٣٠١ هـ ، طبع بولاق سنة ١٢٨١ هـ ٠

٤١ـ الفواكه الدوانى شرح الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنى النفراوى المالكى الأزهرى ـ المتوفى سنة ١١٢٥ هـ ، على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى المالكى ٠
الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٤ هـ ، سنة ١٩٥٥ م بمطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ٠

٤٢ـ المدونة الكبرى : للامام مالك بن أنس الأصبحى ، صاحب المذهب المشهور ـ المتوفي سنة ١٧٩ هـ ٠ رواية الامام سحنون ابن سعيد التنوخى عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقى ، عن الامام مالك ٠ طبع مطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ٠

٤٣ـ مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : للحطاب المغربى الأصل المكى ـ المتوفي سنة ٩٥٤ هـ ٠ الطبعة الاولى . بمطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٩ هـ ٠

٣ ـ فقه الشافعي

٤٤ـ الأم : للامام الشافعي ـ المتوفي سنة ٢٠٤ هـ ٠ مصر سنة ١٣٢١ هـ ٠

٤٥ـ حاشية الشبراملسي : للعلامة الشيخ ابى الضياء نور الدين على بن على المعروف بالشبراملسي القاهرة ـ المتوفي سنة ١٠٨٧ هـ ٠ على شرح الرملي المسمى : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج على منهاج الطالبين للنووى ٠ وهى مطبوعة على هامش نهاية المحتاج ، طبع بولاق سنة ١٢٩٢ هـ ٠

٤٦ـ الفتاوى الفقهية الكبرى : تاليف ابن حجر الهيثمى ـ المتوفي سنة ٩٧٤ هـ ٠ طبع مطبعة عبد الحميد أحمد بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ ٠

٤٧ـ مختصر الامام المزنى ، وهو الامام أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيي بن اسماعيل بن عمر بن اسحق المشهور بالمزنى ، (صاحب الامام الشافعي رضى الله عنه) ـ توفى سنة ٢٦٤ هـ ـ مطبوع على هامش الأم ٠

٤٨ـ المذب : لأبى اسحق ابراهيم الشيرازى الفيروزابادى ـ المتوفى سنه ٤٧٦ هـ ٠ طبع مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ ٠

٤٩ـ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : للرملى المنوفي المصرى الأنصارى ، المعروف في عصره بالشافعى الصغير ـ المتوفي سنة ١٠٠٤ هـ ٠ وهو شرح على المنهاج للنووى ٠ طبع بولاق سنة ١٢٩٢ هـ ٠

٤ ـ الفقة الحنبلى

٥٠ـ دقائق أولى النهى لشرح المنتهى : لصاحب كشاف القناع المعروف بالبهوتى الحنبلى ـ المتوفي سنة ١٠٥١ هـ ٠ وهو شرح على المنتهى للفتوحى ٠ مطبوع على هامش كشاف القناع ، طبعة المطبعة الشرقية

٥١- الروض المربع شرح زاد المستقنع : وهو شرح للشيخ منصور بن يونس ابن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن ادريس ، المعروف بالبهوتى الحنبلى - المتوفى سنة ١٠٥١ هـ . على زاد المستقنع ، مختصر المقنع : لشرف الدين أبى النجا الحجاوى - طبع حجر بالهند سنة ١٣٠٥ هـ، طبعة سنة ١٣٢٤ هـ .

٥٢- الشرح الكبير : لابن قدامة المقدسي الحنبلى (شمس الدين) المتوفي سنة ٦٨٢ هـ . وهو شرح على المقنع ، لموفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . مطبوع مع المغنى . طبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .

٥٣- كشاف القناع عن متن الاقناع : للبهوتى الحنبلى المتوفي سنة ١٠٥١ هـ . وهو شرح على الاقناع لطالب الانتفاع ، لأبى النجا شرف الدين الحجاوى المقدسي . طبع المطبعة الشرقية بالقاهرة سنة ١٣١٩ هـ ، سنة ١٣٢٠ هـ .

٥٤- مختصر الخرقى : المتوفي سنة ٣٣٤ هـ . مطبوع مع شرحه « المغنى » .

٥٥- المغنى : لابن قدامة المقدسي الحنبلى (موفق الدين) المتوفى سنة ٦٢٠ هـ . وهو شرح على مختصر الخرقى . طبع مطبعة المنار بالقاهرة سنة ١٣٤٨ هـ .

٥٦- نيل المآرب بشرح دليل الطالب : وهو شرح الشيخ عبد القادر بن عمر الشيبانى الدمشقى الحنبلى - المتوفى سنة ١١٣٥ هـ . على دليل الطالب - لنيل المطالب - للشيخ مرعى بن يوسف المقدسي الحنبلى . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٦ هـ . وبهامشها الروض المربع بشرح زاد المستقنع - للبهوتى .

٥ - الفقه العام

٥٧- الأحكام السلطانية : للقاضي أبى يعلى الفراء الحنبلى - المتوفي سنة ٤٥٨ هـ. تصحيح وتعليق الشيخ محمد حامد الفقى . طبع مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بالقاهرة سنة ١٣٥٧ هـ .

٥٨ـ الأحكام السلطانية : للماوردى ـ المتوفي سنة ٤٥٠ هـ ٠ طبع مطبعة الوطن بالقاهرة سنة ١٢٩٨ هـ ٠ ، ومطبعة السعادة بالقاهرة سنة ١٣٢٧ هـ ٠

٥٩ـ الاختيارات العلمية : لابن تيمية الحرانى الحنبلى ـ المتوفى سنة ٧٢٨ هـ ٠ طبعة سنة ١٢٢٩ هـ ٠ بمطبعة كردستان العلمية ٠

٦٠ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين : لابن قيم الجوزية الحنبلى ـ المتوفي سنة ٧٥١ هـ ٠ طبع مطبعة الكردى الأزهرى بالقاهرة سنة ١٣٢٥ هـ ٠

٦١ـ زاد المعاد في هدى خير العباد ، لابن قيم الجوزية الحنبلي ـ المتوفي سنة ٧٥١ هـ ٠ بتحقيق محمد حامد الفقى ٠ طبع مطبعة انصار السنة المحمدية ٠

٦٢ـ المحلى بالآثار ، في شرح المجلى بالاختصار : كلاهما لابن حزم الظاهرى الأندلسي ـ المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ٠ طبع مطبعة النهضة بالقاهرة سنة ١٣٤٧ هـ ٠ وبأسفل صفحاتها تحقيق وشرح ـ للشيخ أحمد محمد شاكر ، وكذلك طبعة مطبعة دار الطباعة المنيرية سنة ١٣٥٢ هـ ٠

٦ ـ من كتب الشيعة

٦٣ـ البحر الزخار ، ومعه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار ، الطبعة الأولى بمطبعة أنصار السنة المحمدية سنة ١٣٦٧ هـ ، سنة ١٩٤٨ م ٠

الأول : تاليف الامام أحمد بن يحيى بن المرتضي ـ المتوفي سنه ٨٤٠ هـ ٠
والثاني : تاليف العلامة محمد بن يحيى بهران الصعدى ـ المتوفى سنة ٩٥٧ هـ ٠

٦٤ ـ المختصر النافع في فقه الامامية ، لأبى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلى ـ المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ٠ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بالقاهرة ٠

ثانيا في العلوم الاسلامية

(أ) أصول الفقة

٦٥ ـ الاحكام في أصول الاحكام : للآمدى ، وهو العلامة سيف الدين الحسن علي ابن أبي علي بن محمد بن سالم الأصولي ، المشهور بالآمدى ـ المتوفي سنة ٦٣١ هـ . طبع مطبعة المعارف بالقاهرة سنة ١٣٣٢ هـ . سنة ١٩١٤ م .

(ب) التفسير

٦٦ـ أحكام القرآن : لابن العربي المعافرى الأشبيلي المالكي ـ المولود في اشبيلية سنة ٤٦٨ هـ . والمتوفى في فاس سنة ٥٤٣ . طبع بولاق سنة ١٢٨٣ هـ ، ومطبعة الأوقاف الاسلامية بالآستانة سنة ١٣٣٥ هـ .

٦٧ـ روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للآلوسي البغدادي الحسني الحسيني ، مفتي بغداد ـ المتوفى بها سنة ١٢٧٠ هـ . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠١ هـ .

(حـ) الحديث

٦٨ـ سبل السلام : للعلامة السيد محمد بن اسماعيل بن صلاح ، الأمير الكحلاني الصنعاني ـ المتوفى سنة ١١٤٢ هـ . وهو شرح على : (بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، لابن حجر العسقلاني) . طبع مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٤٩ هـ .

٦٩ـ فتح الباري بشرح صحيح البخاري : لابن حجر العسقلاني الشافعي ـ المتوفى بالقاهرة سنة ٨٥٢ هـ . ـ ١٤٤٨ م . طبع بولاق سنة ١٣٠١هـ .

(د) علم اللغة

٧٠ـ تاج العروس ، من شرح جواهر القاموس ـ تأليف العلامة اللغوى أبي الفيض محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرازق المعروف بالسيد

مرتضي الحسيني الزبيدى الحنفى - المتوفي سنة ١٢٠٥ هـ . - على القاموس المحيط للفيروزابادى ، طبعة المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٠٧ هـ .

٧١- فقه اللغة - تأليف : الامام أبى منصور عبد الملك بن محمد بن اسماعيل الثعالبى النيسابورى - المتوفى سنة ٤٢٩ هـ . طبع بولاق سنة ١٣١٧ هـ .

٧٢- كفاية المتحفظ ونهاية المتلفظ - وهو مختصر للعلامة أبى اسحق ابراهيم ابن اسماعيل بن أحمد بن عبد الله الطرابلسي اللغوى المعروف بابن الاجدابى - المتوفى في حدود سنة ٦٠٠ هـ . طبع المطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٣ هـ .

٧٣- لسان العرب - تأليف : الامام اللغوى جمال الدين أبى الفضل محمد بن جلال الدين أبى العز مكرم بن نجيب الدين أبى الحسن على بن أحمد بن أبى القاسم ابن حبقة ، المعروف بابن منظور الأنصارى الأفريقى المصرى - المتوفى سنة ٧١١ هـ . طبع بولاق سنة ١٣٠٧ هـ .

٧٤- مختار الصحاح : تأليف العلامة الامام زين الدين محمد بن شمس الدين أبى بكر بن عبد القادر الرازى الحنفى ، من علماء القرن الثامن الهجرى . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بمصر ، سنة ١٣٢٣ هـ . سنة ١٩٠٥ م .

٧٥- المصباح المنير . في غريب الشرح الكبير - تأليف العلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيومى - المتوفى سنة ٧٧٠ هـ . طبعة ثانية ببولاق مصر سنة ١٣٢٤ هـ - سنة ١٩٠٦ م .

كتب حديثة

٧٦- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية : تأليف الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم ، طبعة سنة ١٣٤٣ هـ - ١٩٢٥ م .

٧٧- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية : للدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج طبعة سنة ١٩٥٥ .

٧٨ـ الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي : تأليف الدكتور محمد يوسف موسى ، طبعة سنة ١٣٧٨ هـ · سنة ١٩٥٨ م ·

٧٩ـ أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية : لعمر عبد الله ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ·

٨٠ـ الأحوال الشخصية ، قسم الزواج : للشيخ محمد أبو زهرة ·

٨١ـ الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء : النسب ، الرضاع ، الحضانة ، نفقة الأقارب ، طبعة ثانية للمؤلف ·

٨٢ـ التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، الجزء الأول ، القسم العام : تأليف الأستاذ عبد القادر عودة · الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩ هـ · ـ ١٩٤٩ م · ، بمطبعة دار نشر الثقافة بالاسكندرية ·

٨٣ـ التعزير في الشريعة الاسلامية : تأليف الدكتور عبد العزيز عامر (المؤلف) · الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٧ هـ ـ سنة ١٩٥٧ م ·

٨٤ـ شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : لمحمد زيد الابياني بك · طبعة رابعة سنة ١٣٤٢ هـ · سنة ١٩٢٤ م ·

٨٥ـ مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للاجانب ، لحسن الأشموني ومحمد عبد الكريم ، طبعة سنة ١٩٥٠ بالمطبعة العالمية بالقاهرة ·

٨٦ـ المرجع في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين لصالح حنفي ·

٨٧ـ النسب وآثاره : للدكتور محمد يوسف موسى · طبع المطبعة العالمية بالقاهرة سنة ١٩٥٨ ·

دوريات

٨٨ـ مجلة القضاء الشرعي ·

٨٩ـ مجلة المحاماة الشرعية ·

قوانين

٩٠- المرسوم بقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ المشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها ٠

٩١- القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية ٠

٩٢- المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ٠

٩٣- قرار رئيس جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية ٠

٩٤- قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر بالمرسوم التشريعى رقم ٥٩ بتاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ ٠

٩٥- مدونة الأحوال الشخصية المغربية ٠ المطبوعة في المطبعة الرسمية بالرباط في سنة ١٩٥٨ ٠

٩٦- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد في الجمهورية العربية المتحدة ٠

الفهرس

البـاب الأول

الـزواج

صفحه

الفصل الأول : تعريفه وحـكمته ووصفه الشرعى : ٩

المبحث الأول : تعريفه ــ ١ ــ **المبحث الثـاني :** حكمتـه ٢ ــ ، ٣ ــ **المبحث الثالث :** الوصفــ الشرعى للزواج ٤ ــ ٦ ٠

الفصل الثاني : الخطبة أو مقدمات العقد : ١٨

كلمة في المقدمات ٧ ــ الخطبة ومعناها وما يجب لصحتها ٨ ــ وقت الرؤية ٩ ــ من تجوز خطبتها من النســاء ١٠ ، ١١ ــ أثر الخطبة ١٢ ــ حكم ما تدم من المهر والهدايا ١٣ ــ المهـر ١٤ ــ الهدايا ١٥ ــ حكم ما قدم من المهر والهدايا في لبنان ١٦ ــ أحكام القضـاء ١٧ ــ حكم التعويض ١٨ ٠

الفصل الثالث : أركان عقــد الزواج وشروطه : ٣٠

المبحث الأول : أركان عقد الزواج ٠ تعريفـ الركن ١٩ ــ أركان عقد الزواج ٢٠ ــ ألفاظ الايجاب والقبول ٢١ ــ حكم كون الألفاظ بلغة أعجمية ٢٢ ــ الانعقاد بالاشارة أو الكتابة ٢٣ ــ انعقاد الزواج بالكتابة وبالرسول ٢٤ ــ صيغة الايجاب والقبول ٢٥ ــ تولى واحد صيغة العقد ٢٦ ــ تأبيد الزواج ٢٧ ــ نكاح المتعة ٢٨ ــ النكاح المؤقت ٢٩ ــ **المبحث الثاني :** شروط الزواج: تعداد هذه الشروط والمراد بكل منها ٣٠ ــ المطلب الأول : شروط

صفحة

انعقاد الزواج : تعداد هذه الشروط ٣١ ـ المطلب الثانى : شروط صحة الزواج : شرط الشـهادة وشروط كون المرأة محلا للزواج ممن خطبها ٣٢ ـ الشرط الأول ٣٣ ـ ما يشترط في الشهادة ٣٤ـ حكم الاتفـاق على كتمان الشهادة ٣٥ ـ الشرط الثـانى ٣٦ ـ شرط بلوغ سن معينة في القانون اللبنانى ٣٧ ـ المطلب الثالث : شروط نفاذ عقد الزواج ٤٠ ـ ٤٣ ـ المطلب الرابع : شروط لزوم الزواج ٤٤ ٠

الفصل الرابع : المحرمات من النساء ٥١

تقسيم ٤٥ ، ٤٦ ـ **المبحث الأول** : المحرمات على سبيل التأبيد ٠ المحرمات على سبيل التابيد ثلاث ٤٧ ـ المطلب الأول : المحرمات بسبب القرابة ٤٨ـ٥٢ المطلب الثانى : المحرمات بسبب المصاهرة ٥٣ـ٥٧ ـ المطلب الثالث : المحرمات بسبب الرضاع ٥٨ ـ ٦٣ **المبحث الثانى** : المحرمات على سبيل التأقيت : تقسيم ٦٤ ـ المطلب الأول : الجمع بين المحارم٦٥ـ٦٦ المطلب الثانى : المطلقة ثلاثا حتى تتزوج زوجا آخر ٧٠ ، ٧١ ـ المطلب الثالث : تحريم زواج الخامسة لمن في عصمته أربع ٧٢ ، ٧٣ ـ المطلب الرابع : تحريم الزواج بزوجة الغير ومعتدته ٧٤ ـ المطلب الخامس : تحريم الزواج بمن لا تدين بدين سماوى ٧٥ ـ ٧٧ ٠

الفصل الخامس : الولاية في الزواج ٧٨

تقـديم لهـذا الفصـل ٧٨ ـ **المبحث الأول** : **تعريف** الولاية وتقسيمها ٠ تعريفها ٧٩ ـ أقسامها ٨٠ ـ **المبحث الثانى** : شروط الولى ٨١ـ**المبحث الثالث** : من تثبت عليه ولاية الاجبار ٨٢،٨٣ـ منزله ولاية الاجبار ٨٤ـترتيب الأولياء ٨٥،٨٦ـغيبة الولى القريب ٨٧ ـ امتناع الولى بغير سبب شرعى (عضله) ٨٨ ـ **المبحث الرابع** : أحكام تزويج الأولياء ٨٩ ، ٩٠ ـ أحـكام القضاء ٩١ ـ **المبحث الخامس** : ولاية الاختيار ٩٢ـ٩٤ ـ ما عليه

صفحة

العمل بالنسبة للصغير والصغيرة ٩٥ ، ٩٦ ـ الوضع بالنسبة للمجنون والمجنونة ٩٧ ـ ما عليه العمل في مصر ٩٨ ـ وبالنسبة لمن له الولاية ٩٩ ـ ١٠٠ ـ وبالنسبة لشروط الولى ١٠١ .

الفصل السادس : الوكالة في الزواج... ... ... ١٠٤

تعريفات ١٠٢ ـ حكم تصرفات الوكيل بالزواج ١٠٣ ـ ١١١ .

الفصل السابع : الكفاءة في الزواج ١١١

تعريفها ١١٢ ـ هل الكفاءة مشترطة في الزواج : تقسيم ١١٣ ـ اشتراطها من حيث المبدأ ١١٤ ـ ما تعتبر فيه الكفاءة ١١٥ـ١١٦ من تعتبر في جانبه الكفاءة ١١٧ ـ وقت اعتبار الكفاءة ١١٨ ـ من له حق الكفاءة ١١٩ ـ ١٢٢ ـ كلمة أخيرة في الكفاءة ١٢٣ ـ أحكام القضاء ١٢٤ .

الفصل الثامن : أحكام عقد الزواج ١٣٦

تقديم لهذا الفصل ١٢٥ ـ **المبحث الأول** : أحكام العقد غير الصحيح والموقوف وغير اللازم : المطلب الأول : النكاح غير الصحيح : فاسد الكناح وباطله ١٢٦ ـ تعريف الشبهة ١٢٧ ـ أقسامها ١٢٩ ـ شبهة الفعل ١٢٩ ـ شبهة المحل ١٣٠ ـ شبهة العقد ١٣١ ـ ما يترتب على الدخول في الزواج غير الصحيح ، ١٣٢ ـ١٣٣ ـ المطلب الثانى : العقد الموقوف ١٣٤ـ المطلب الثالث : العقد غير اللازم ١٣٥ ـ **المبحث الثانى** : أحكام النكاح الصحيح : تقسيم ١٣٦ـالمطلب الأول الحقوق المشتركة بين الزوجين ١٣٧ ، ١٣٨ ـ المطلب الثانى : حقوق الزوج على زوجته ١٣٩ ـ أحكام القضاء ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ـ المطلب الثالث : حقوق الزوجة على زوجها ١٤٧ ـ باقى الحقوق : المهر والنفقة ١٤٨ ـ **المبحث الثالث** : المهر المطلب الأول : تعريفه وطبيعته والدليل على وجوبه على الزواج

صفحة

١٤٩ ــ ١٥١ المهر حكم من احكام عقد الزواج ١٥٢ ــ سبب وجوب المهر ١٥٣ ــ أحكام القضاء ١٥٤ ــ المطلب الثاني: مقدار المهر ١٥٥ ــ ما يصح أن يسمى مهرا وما لا يصح ١٥٦ ــ تعجيل المهر وتأخيره ١٥٧ ــ المطلب الثالث أنواع المهر ١٥٨ ــ لمن يكون الحق في المهر ١٥٩ ــ ما يجب من أنواع المهر ١٦٠ ــ وجوب المهر المسمى ١٦١ ــ أحكام القضاء ١٦٢ ــ متى يجب اقل المهر ١٦٣ ــ متى يجب مهر المثل ١٦٤ ــ وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل ١٦٥ــ المطلب الرابع: حكم الزيادة في المهر والحط منه ١٦٦ــ١٦٨ المطلب الخامس : ما يتأكد به كل المهر ١٦٩ ــ الدخول الحقيقي ١٧٠ ــ أحكام القضاء ١٧١ ــ الخلوة الصحيحة ١٧٢ ــ ١٧٥ ــ الأحكام التي تشارك فيها الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقي ١٧٦ ــ الأحكام التي تختلف فيها الخلوة عن الدخول ١٧٧ ــ الموت ١٧٨ ــ المطلب السادس : متى يسقط نصف المهر ١٧٩ ــ ١٨١ ــ متى يعود نصف المهر الى الزوج ١٨٢ ــ متى تجب المتعة ١٨٣ ــ ١٨٧ ــ المطلب السابع : متى يسقط المهر كله ١٨٨ ، ١٨٩ ــ المطلب الثامن : اقتران المهر بالشرط ١٩٠ ، ١٩١ ــ المطلب التاسع : من له قبض المهر ١٩٢ ، ١٩٣ ــ أحكام القضاء ١٩٤ ــ المطلب العاشر : ضمان المهر ١٩٥ ــ ١٩٨ ــ أحكام القضاء ١٩٩ ــ المطلب الحادى عشر : متاع البيت ٢٠٠ ، ٢٠١ ــ قيام الأب بتجهيز بنته ٢٠٢ ــ الاختلاف في متاع البيت ٢٠٣ ــ ٢٠٥ ــ المطلب الثانى عشر : أحكام المهر في القانون اللبناني ٢٠٦ ــ ٢١١ ــ **المبحث الرابع** : النفقة تعريفها ٢١٢ أسباب وجوبها ٢١٣ ــ المطلب الأول : أدلة وجوبها وسببه وشروطها : وجوب نفقة الزوجية ٢١٤ سبب وجوب نفقة الزوجية وشروطها ٢١٥ ــ أحكام القضاء ٢١٦ ــ حالات لا تجب فيها النفقة : كون الزواج فاسدا ٢١٧ ــ أحكام القضاء ٢١٨ ــ الصغيرة ٢١٩ ــ المريضة ٢٢٠ ــ أحكام القضاء ٢٢٠ مكررة ،

صفحة

٢٢١ — الزوجة المحبوسة — ٢٢٢ — المغصوبة ٢٢٣ — المسافرة ٢٢٤ — أحكام القضاء ٢٢٥ — الزوجة المحترفة ٢٢٦ — الزوجة الناشزة ٢٢٧ — أحكام القضاء ٢٢٨ — الوضع في لبنان ٢٢٩ — المطلب الثانى : تقدير النفقة ٢٣٠ — ما يراعى في التقدير ٢٣١ — أحكام القضاء ٢٣٢ — المسكن ٢٣٣ ، ٢٣٤ — الخادم ٢٣٥ — ٢٣٦ — المطلب الثالث : قضايا النفقة ٢٣٧ — أحكام القضاء ٢٣٨ — الحبس في دين النفقة ٢٣٩ ، ٢٤٠ — القضاء على الغائب في النفقة ٢٤١ — ٢٤٤ — ما عليه العمل ٢٤٥ ، ٢٤٦ — المطلب الرابع : متى تكون نفقة الزوجة دينا على زوجها ٢٤٧ — ما عليه العمل وفيه أحكام للقضاء ١٤٨ — ٢٥٢ —

الباب الثانى

انهاء الزواج

صفحة

الطلاق والفسخ ٢٥٣ ، ٢٥٤

الفصل الأول : الطلاق **المبحث الأول** : تعريفه ووصفه وطلاق السنة ٢٦٥

تعريفه ٢٥٥ — هل الأصل في الطلاق الحظر أو الاباحة ٢٥٦ — طلاق السنة وطلاق البدعة ٢٥٧ — **المبحث الثانى** : من يملك الطلاق ومن يقع عليها الطلاق : من يملك الطلاق ٢٥٨ — ما عليه العمل ٢٥٩ ، ٢٦١ — من يقع ومن لا يقع عليها الطلاق ٢٦٢ ، ٢٦٣ — **المبحث الثالث:** مايقع به الطلاق وصيغته: **المطلب الأول:** ما يقع به الطلاق ٢٦٤ — **المطلب الثانى** : صيغة الطلاق ٢٦٥ ، ٢٦٦ — **المبحث الرابع** : عدد الطلقات ٢٦٧ — الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث ٢٦٨ — ٢٧٠ — **المبحث الخامس** : الطلاق الرجعى والطلاق البائن ٢٧١ — متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا

صفحة

٢٧٢ ـ ٢٧٥ ـ أحكام القضاء ٢٧٦ ـ حكم الطلاق الرجعي ٢٧٧ـ الرجعة ٢٧٨ ـ أحكام القضاء ٢٧٩ ـ حكم الطلاق البائن ٢٨٠ ـ **المبحث السادس** : طلاق المريض مرض الموت ٢٨١ ـ ٢٨٢ ـ ٢٨٢ ـ أحكام القضاء ٢٨٣ ـ **المبحث السابع** : التفويض ٢٨٤ ـ ٢٨٩ ـ أحكام القضاء ٢٩٠ ـ

الفصل الثاني : الخلع ٢٩٩

المبحث الأول : تعريفه وتكييفه : تعريفه ٢٩١ ـ تكييف الخلع ٢٩٢ ـ **المبحث الثاني** : بدل الخلع ٢٩٣ ، ٢٩٤ ـ **المبحث الثالث** حكم الخلع : يثبت بالخلع ٢٩٥ ـ أحكام القضاء ٢٩٦ ـ حكم خلع المحجور عليهن ٢٩٧ ، ٢٣٨ ٠

الفصل الثالث : الطلاق بحكم القاضي : ٣٠٧

تقسيم ٢٩٩ ـ **المبحث الأول** : التفريق لعدم الانفاق ٣٠٠ ـ ٣٠٣ ـ أحكام القضاء ٣٠٤ ـ **المبحث الثاني** : التفريق للعيب ٣٠٥ ـ ٣٠٦ ـ أحكام القضاء ٣٠٨ ـ في لبنان ٣٠٩ ـ ٣١١ ـ الشيعة الامامية ٣١٢ ـ **المبحث الثالث** : التفريق بسبب الشقاق الزوجي ٣١٣ ـ ٣١٧ ـ في لبنان ٣١٨ ـ حكم التزوج بأخرى ٣١٩ ـ ٣٢٥ ـ التعدد ومشروعيته ٣٢٦ ـ ٣٢٨ ـ تقرير التعدد ٣٢٩ ـ ٣٣٠ ـ أحكام القضاء ٣٣١ ، ٣٣٢ ـ **المبحث الرابع** : التفريق للغياب ٣٣٣ ـ ٣٣٦ ـ **المبحث الخامس** : التفريق للحبس ٣٣٧ ، ٣٣٨ ـ

الفصل الرابع : العدة ٣٥٦

المبحث الأول : تعريف العدة وأمور أخرى ٣٣٩ ، ٢٤٠ ـ انواع العدة ٣٤١ ـ ٣٤٤ ـ انتقال العدة ٣٤٦ ـ ٣٤٧ ـ كيف يعرف انتهاء العدة ٣٤٨ أحكام القضاء ٣٤٩ ، ٣٥٠ ـ ما يتعلق

صفحة

بالعدة من حقوق وأحكام ٣٥١ ـ احكام القضاء ٣٥٢ ، ٣٥٣ ـ
نفقة العدة : ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ـ احكام القضاء ٣٥٧ ، ٣٥٨
، ٣٥٩ .

المراجـــع المهمـــة ... ...
الفهـــرس .. ..

[تم بعـون من الله وتوفيقه]

رقم الايداع ٨٥/١٦٥٧
رقم الدولى ٤ ـ ٠١٢٦ ـ ١٠ ٩٧٧

مطابع الدجوى ـ عابدين ـ القاهرة